



Vanessa Marina Bagarrão Valente

# **Da Valoração de Gravações e Fotografias Obtidas por Particulares no Processo Penal**

Dissertação com vista à obtenção do grau de  
Mestre em Direito na área de Ciências Jurídicas Forenses

Orientador:

Professor Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Janeiro de 2015

Vanessa Marina Bagarrão Valente

# **Da Valoração de Gravações e Fotografias Obtidas por Particulares no Processo Penal**

Dissertação com vista à obtenção do grau de  
Mestre em Direito na área de Ciências Jurídicas Forenses

Orientador:

Professor Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Janeiro de 2015

*À minha Mãe:*  
*Pela tua fortaleza de espírito,*  
*pela bondade dos teus sacrifícios,*  
*pelo teu amor incondicional.*

*À memória dos meus avós. Eterna saudade.*

## **Declaração de Compromisso Antiplágio**

Declaro, por minha honra, e em cumprimento do disposto no artigo 20º-A do Regulamento do 2.º Ciclo de Estudos Conducente ao Grau de Mestre em Direito, que o trabalho que apresento é original, de minha exclusiva autoria, e que todas as citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

## **Agradecimentos**

Fernando Pessoa dizia que viver não é necessário; necessário é criar. E nenhuma criação, apesar de todo o trabalho solitário que implica, se faz sozinha.

Assim os meus agradecimentos vão para todos aqueles que fizeram parte da minha formação pessoal e académica e que contribuíram para aquilo em que me tornei e para o que construí, construo e quero continuar a construir.

À minha Mãe e ao meu Pai pelos sacrifícios feitos para me proporcionarem a melhor educação possível, dando-me os valores humanos e intelectuais necessários à prossecução dos meus objetivos académicos.

Ao meu irmão pela generosidade, pelos bons exemplos e pela inspiração.

À minha família, infelizmente separada por um vasto oceano de saudade, pela alegria de viver e pela valorização da união.

Aos meus grandes amigos de infância pela lealdade absoluta e por me fazerem compreender todos os dias a importância da amizade verdadeira.

Aos meus colegas e professores pela partilha de dificuldades e de desafios.

Ao meu Orientador, pelo brilhantismo, pelos conselhos e pela constante disponibilidade demonstrada.

Ao meu curso que me ensinou a cultivar a humildade e o espírito crítico.

## **Modo de citar e outros esclarecimentos**

Na primeira citação feita, as monografias são identificadas pelo nome do autor, seguido do título da obra, tomo ou volume, local de edição, editora, ano de publicação e respetiva(s) página(s). Os artigos escritos em publicações periódicas são identificados pelo nome do autor, seguido do título do artigo, nome da publicação, volume ou número, ano e respetiva(s) página(s).

Nas citações seguintes, as obras são apenas referenciadas pelo nome do autor e pelas primeiras palavras do título da monografia ou do artigo e pela(s) respetiva(s) página(s). Quando a obra em causa esteja dividida em tomos ou volumes, far-se-á também a sua referência.

A referência de jurisprudência é feita através da indicação (abreviada) do tribunal que proferiu a sentença, seguida da respetiva data. A indicação dos relatores, do número do processo e do sítio da Internet ou da publicação onde a respetiva decisão se encontra disponível encontra-se na Lista de Jurisprudência colocada no final da dissertação. A mesma faz uma referência completa a todas as decisões mencionadas (tanto no texto principal, como em notas de rodapé) e está dividida de acordo com a organização dos tribunais que as proferiram e, dentro destes, da decisão mais recente para a mais antiga.

A data da consulta de decisões jurisprudenciais, quando efetuada através do sítio da Internet, não se encontra mencionada na lista uma vez que a autora procedeu a uma reconsulta das fontes durante a revisão da dissertação, a 7 de janeiro de 2015.

As citações de autores estrangeiros são preferencialmente feitas na língua original. Eventuais traduções da autora serão sempre acompanhadas do texto original.

## Lista de Abreviaturas e Siglas

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa  
AA. VV. – Autores Vários  
Ac. – Acórdão  
Acs. – Acórdãos  
Al. – alínea  
Als. – alíneas  
Art. – artigo  
Arts. – artigos  
BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
BGH – *Bundesgerichtshoff*  
BverG – *Bundesverfassungsgericht*  
Cap. – capítulo  
CC – Código Civil  
CEJ – Centro de Estudos Judiciários  
CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados  
Coord. – coordenação  
CPP – Código de Processo Penal  
CRP – Constituição da República Portuguesa  
CT – Código do Trabalho  
Delib. – Deliberação  
Ed. – edição  
Fasc. – Fascículo  
JIC – Juiz de Instrução Criminal  
KUG – *Kunsturheberrechtsgesetz*  
MP – Ministério Público  
OPC – Órgãos de Polícia Criminal  
PGR – Procuradoria Geral da República

Reimp. – reimpressão

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

StPO – *Strafprozeßordnung*

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação de Lisboa

Vol. – volume



## **Resumo**

As gravações e fotografias obtidas por particulares podem assumir-se como provas especialmente relevantes na descoberta da verdade, podendo no entanto conflitar com os direitos fundamentais à privacidade, à palavra ou à imagem dos visados. Não é suficiente que se afaste apenas a violação do seu direito à privacidade, uma vez que os direitos à palavra e à imagem, independentes do primeiro, aparecem como os direitos primordialmente violados e penalmente tutelados no art. 199º do Código Penal. A sua admissibilidade como prova está num primeiro momento dependente da licitude na obtenção e utilização das mesmas, tal como prevê o art. 167º do Código de Processo Penal.

De forma a defender a sua licitude e admitir a sua valoração no processo, os tribunais superiores têm vindo a invocar construções baseadas essencialmente em causas de justificação legalmente previstas para afastar a falta de consentimento do visado pelas gravações ou fotografias. Embora concordando com uma posição mais flexível e de maior ponderação dos interesses em jogo ao invés de negar a sua utilização como prova, cremos no entanto que algumas dessas soluções sofrem de alguns equívocos e não devem ser isentas de críticas.

Por fim, mesmo que se chegue a uma conclusão positiva acerca da licitude da recolha e utilização das gravações e imagens obtidas por particulares, as mesmas não devem ser automaticamente admitidas como prova, sendo ainda necessário proceder-se a uma ponderação autónoma, dentro do próprio processo e atendendo às suas normas legais específicas, sobre as suas reais finalidades no caso concreto.

## **Abstract**

Recordings and photographs obtained by private individuals can be two of the most relevant evidences in helping finding the truth; however, they can also conflict with fundamental rights such as privacy, spoken word or image of the targets. It is not enough that only the violation of the right to privacy is withdrawn because rights to spoken word or image, unattached from the first one, show up independently as the main violated rights and are criminally protected in article 199º of the criminal code. Its use as evidence is, on a first moment, dependent on the private's conduct lawfulness, as it is stated in article 167º of the criminal procedure code.

In order to consider its lawfulness, and accept its use as evidence, portuguese higher courts have been defending constructions mostly based on legal causes of defense. Although agreeing with a more flexible position of weighing all the interests at stake instead of denying its use as evidence, we believe notwithstanding that some of these solutions are misleading and shall not be spared from critics.

Lastly, even if we reach a positive conclusion about the lawfulness of obtaining and using recordings and photogtaphs carried out to court by private individuals, they must not be however automatically admitted as evidence, still being necessary to proceed to a separate weighting, within the criminal procedure and its own legal rules, about their real purposes in the case.

## **Declaração do Número de Caracteres da Dissertação**

Em cumprimento do n.º 2 do art. 31º do Regulamento do 2.º Ciclo de estudos conducente à obtenção do grau de Mestre, declaro que o corpo da dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de **191.518 caracteres**.

## **Introdução**

Uma das melhores formas de se medir a evolução e o nível de desenvolvimento de uma sociedade é a de observar o modo como o processo penal foi sendo e é arquitetado e aplicado. E isto porque se trata de uma área em que por excelência a inevitável tensão valorativa que está sempre presente dentro de todos os campos jurídicos se agudiza e exige respostas firmes e necessárias à concretização de uma sociedade idealmente livre e justa. Se de um lado temos o progresso técnico e científico que nos dotou de forma extraordinária de capacidades que para os mais desatentos apenas podem ser encontradas no mundo da ficção científica, do outro temos também a progressiva consciencialização de colocação do Homem no centro do pensamento filosófico, político e científico, reconhecendo-se que as diversas instituições por ele criadas se encontram ao seu serviço e não o contrário. Mas o mesmo progresso que nos permitiu uma evolução astronómica tanto a nível técnico-científico, como a nível humano trouxe também consigo as armas capazes de aniquilar a conservação desse estágio de desenvolvimento, podendo mesmo potenciar uma evolução em sentido negativo de recuo ético.

É nesta dualidade interessante que o Direito, e especificamente o processo penal, lutam por buscar equilíbrios e soluções, sendo certo que a sua evolução muitas vezes não consegue acompanhar o rápido desenvolvimento tecnológico. Essa falta de acompanhamento leva a que uns proclamem a constante desatualização das soluções jurídicas que resultam posteriormente em perdas para a eficácia da justiça e do próprio desenvolvimento social, mas leva a que outros defendam um maior rigor na proteção dos direitos fundamentais afetados, invocando uma espécie de escudo contra o qual hão de esbarrar todas as atividades potencialmente lesivas desses direitos. Sendo certo que as duas pretensões não são incompatíveis, a verdade é que a harmonização entre ambas tem sido uma tarefa

complexa e cujas soluções finais se afiguram ainda hoje como longínquas.

Se é certo que atualmente os meios tecnológicos se configuram como um precioso auxílio para todos os intervenientes no mundo jurídico, também não é menos certo que o seu âmbito de devassa pode colocar graves questões éticas a exigirem respostas conformes com as constantes proclamações de proteção dos direitos essenciais de cada Homem. Confessamos que esse conflito sempre nos fascinou, principalmente pela fertilidade argumentativa que nele podemos encontrar, não existindo à partida uma posição que possamos ver ter uma clara vantagem sólida sobre a outra.

O progressivo desenvolvimento científico trouxe também uma certa democratização tecnológica, colocando à disposição de cada um de nós variados meios de captação e controlo do outro. Assim se através da câmara de um dispositivo celular procedermos à gravação de um determinado ilícito que esteja a ser cometido por A, podemos apresentar tal produto como prova? A perseguição criminal e a comprovação da verdade dos factos têm um valor de tal forma superior que permitam passar por cima de eventuais condutas ilícitas praticadas por quem recolheu a prova? Por outro lado, existindo a prova em concreto, e sendo irremediável a reparação dos direitos fundamentais já afetados, não seria uma espécie de mal menor permitir que o Direito considerasse e admitisse esses meios de prova?

Com esta investigação pretendemos sobretudo responder à forma concreta como esta questão tem sido ponderada e resolvida à luz da jurisprudência nacional. É que apesar de a ciência jurídica doutrinária ter um desenvolvimento relativamente lento, os responsáveis pela sua aplicação, pela natureza e funcionamento das coisas, encontram-se mais permeáveis a um processo de desenvolvimento tendencialmente mais vanguardista. O objetivo da nossa investigação prende-se com a análise crítica das respostas que a jurisprudência tem dado sobre a valoração destes meios de prova.

Motivações e objetivos enunciados, cabe finalmente proceder a uma breve delimitação do tema que nos propomos tratar de modo a tornar compreensível a extensão e limites da nossa investigação.

Assim iremos tratar apenas de provas recolhidas por **particulares**. Queremos com isto dizer que o responsável pela recolha terá de ser um sujeito que se encontre excluído de qualquer tarefa investigativa legalmente determinada – como os OPC ou o MP – e que não tenha qualquer relação com nenhuma das mencionadas entidades – assim, também excluimos deste tratamento a figura geral dos chamados “homens de confiança”, de todos aqueles que atuem sob a direção de instâncias formais de controlo. Queremos com esta expressão reportar-nos especificamente a cidadãos comuns, sem qualquer relação com o poder punitivo do Estado, e portanto sem qualquer tipo de incumbência legal ao nível da investigação, que, pelas mais variadas razões, possam ter a pretensão de apresentar ao processo provas por si autonomamente recolhidas (tendo ou não por base uma prévia e específica intenção de fazê-lo).

Depois, não trataremos de qualquer meio de prova recolhido por um particular, mas apenas de gravações de voz ou imagem ou de fotografias e registos fílmicos – assim estão excluídos do nosso objeto casos em que particulares tenham obtido outro tipo de provas como v. g., diários ou outros documentos escritos. Por fim note-se que não têm aplicabilidade as normas do CPP relativas a meios de obtenção de prova, como o art. 187º relativo a escutas telefônicas ou o art. 6º da Lei n.º 6/2002.

Iremos começar por enquadrar o tratamento destes processos técnicos de uma forma breve e geral de equacionamento do problema ao nível dos vários fins e interesses promovidos pelo processo penal e depois de uma forma concreta quanto ao regime legal que seguem. Depois iremos averiguar acerca das respostas específicas e das tendências da jurisprudência dos tribunais superiores, incluindo as justificações, condições e critérios que de forma mais comum têm sido

invocados para permitir a sua utilização probatória, refletindo sobre a sua pertinência. Finalmente, a última parte da nossa investigação será reservada para um tratamento crítico acerca da aparentemente inevitável ligação que é feita entre o critério da (i)licitude da conduta do particular exigido pelo art. 167º, nº 1 do CPP e o consequente e equivalente juízo de valoração da respetiva prova assim obtida.

## 1. Os processos técnicos de gravação de voz e registo de imagem como meio de prova

### 1.1. Fins do processo penal e (proibições de) prova

O processo penal é por excelência o instrumento adequado a concretizar a aplicação do direito penal<sup>1</sup>. Contudo, esta afirmação neutra<sup>2</sup> e descomprometida não nos dá nenhum alicerce sobre o qual se possa construir e descobrir as reais valorações perseguidas pelo processo.

De uma forma generalizada, a doutrina e a jurisprudência têm apontado a descoberta da verdade, a realização da justiça, o restabelecimento da paz jurídica e a proteção dos direitos fundamentais dos envolvidos como as suas verdadeiras finalidades<sup>3</sup>. Não se tratará aqui de alcançar uma verdade objetiva nem a todo o custo. Para já porque pela própria natureza do decorrer do processo<sup>4</sup> e também da ideia de relatividade e falibilidade das teorias absolutas do conhecimento<sup>5</sup>, seria uma utopia pensar-se que essa verdade limpa e pura se apresentaria como o resultado final da atividade dos sujeitos processuais envolvidos. Depois, porque o Estado no exercício do seu *jus puniendi* não se encontra legitimado a recorrer a todo e qualquer meio para buscar essa verdade – com efeito, impõem-se-lhe limitações éticas e legais<sup>6</sup> intransponíveis que, a não existirem, poderiam

1 GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, volume I, 5ª ed., Lisboa: Editorial Verbo, p. 23; MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal*, Tomo I, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 24; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Reimp. da ed. 1974, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 24.

2 FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual...*, p. 40.

3 FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual...*, pp. 43 e 44; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, vol. I, p. 24; FERNANDA PALMA, “O Problema Penal do Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coord.: Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 41 e 42; RAUL SOARES DA VEIGA, “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coord.: Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004, p. 185; Ac. Uniformizador do STJ n.º 7/2008.

4 CLARA CALHEIROS, “Prova e verdade no processo judicial. Aspetos epistemológicos e metodológicos”, in *Revista do MP*, Ano 29, n.º 144, abr/jun 2008, p. 73.

5 MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los Hechos en el Derecho*, 2ª edição, Barcelona: Marcial Pons, pp. 7 e 8.

6 CLARA CALHEIROS, “Prova e verdade...”, p. 84.



desvirtuar as suas instituições e a sua autoridade<sup>7</sup>. Nesses termos, estando a busca da verdade orientada para a realização da justiça, podemos concluir que este último fim não poderá ser sacralizado a um objetivo primordial e absoluto<sup>8</sup>. No entanto também se compreende que a demonstração do funcionamento eficaz do processo e dos seus mecanismos punitivos, contribuindo para o aumento da confiança dos cidadãos no funcionamento da justiça, pode resultar numa maior vontade de cumprir as normas. Só que essa exigência terá sempre de ser compatibilizada com os direitos fundamentais de quem entra em contacto e é individualmente afetado pelo processo.

A eficácia e a realização da justiça só terão real valor na medida em que tenham sido estruturadas num caminho legalmente conforme com as imposições derivadas da afirmação do princípio da dignidade humana<sup>9</sup> e do Estado de Direito democrático como valores essenciais do ordenamento jurídico.

Para que estas finalidades processuais se concretizem torna-se necessário recorrer à prova, que se assume como uma condição essencial para se chegar à verdade material, ao restabelecimento da paz jurídica e à realização da justiça. Mas a prova no âmbito do processo penal não tem só por objetivo a demonstração da realidade dos factos. Antes assume-se como uma importante *garantia de realização de um processo justo, de eliminação do arbítrio, quer enquanto a demonstração da realidade dos factos não há-de procurar-se a qualquer preço, mas apenas através de meios lícitos*<sup>10</sup>. Estando aqui concretizada a função de proteção dos direitos fundamentais dos envolvidos, justifica-se a existência de variadas regras de limitação à sua obtenção e utilização – as chamadas proibições de prova<sup>11</sup>. A base legal fundamental do regime encontra-se consagrada no nº 8 do

7 JORGE MIRANDA, “Processo penal e direito à palavra”, in *Direito e Justiça*, Vol. XI, tomo 2, Universidade Católica Editora, 1997, pp. 45-61, p. 52.

8 Cfr. Ac. Uniformizador do STJ nº 7/2008.

9 CAPELO SOUSA, O Direito Geral de Personalidade, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 97 e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 53.

10 GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, vol. II, pp. 110 e 111.

11 Consideradas por COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, reimp. ed.

art. 32º da CRP e é igualmente desenvolvida no art. 126º do CPP.

As gravações e fotografias podem constituir meios de prova assaz valiosos na descoberta da verdade material, na concretização da justiça e na eficácia da perseguição criminal, aumentando a crença no funcionamento do sistema por parte da sociedade, mas também na garantia de realização dos próprios direitos de defesa do arguido e dos interesses legítimos das vítimas. No entanto, a sua recolha e utilização pode ter como base um atentado aos direitos tutelados, especialmente no caso em que sejam obtidas por particulares. Com efeito, uma coisa será pensar-se na admissão destes meios de prova quando sejam recolhidos por autoridades devidamente investidas em poderes de investigação e cuja atuação se encontra disciplinada e balizada por um regime normalmente apertado, em que a legalidade da sua atuação se encontra sujeita à fiscalização do JIC. Outra coisa será pensar no caso de particulares que, desligados de qualquer fiscalização prévia desse tipo, se arroguem à função de investigação e perseguição criminal. No entanto, também os particulares no âmbito do processo têm um direito à prova, fornecendo às autoridades responsáveis pela investigação elementos importantes – seja porque, muitas vezes, através de gravações ou fotografias dão conhecimento da *notitia criminis* ou porque, sendo eles próprios os sujeitos prejudicados pelo crime, têm um maior conhecimento de causa e um interesse que pode não ser encontrado da mesma forma por parte de quem investiga.

Podemos compreender que o enquadramento do problema a tratar é complexo na medida em que toca e joga com as várias finalidades fundamentais do processo penal, implicando contradições e necessárias compatibilizações entre elas e decorrendo num espaço de regulamentação muito menos densificado do que aquele que é estabelecido para a atuação das instâncias formais de controlo. Se isso significa uma tendência de abertura à atividade probatória e investigativa dos particulares ou, por outro lado, do seu afastamento dessas tarefas, é uma questão

---

1992, Coimbra: Coimbra Editora, 2006 p. 11, “como uma das construções basilares da dogmática processual penal”.

que deixamos como pano de fundo e que estará sempre presente nas reflexões que formos fazendo ao longo da dissertação.

## **1.2. Os processos técnicos de gravação de voz e registo de imagem como prova documental**

Importa, de forma breve, averiguar onde poderemos enquadrar estes meios de prova de forma a delimitar as suas fontes normativas.

Tendo indicado previamente que não encontramos qualquer fonte legal com relevância para a nossa temática nos meios de obtenção de prova previstos na lei, temos de verificar se o mesmo ocorre quanto aos meios de prova.

A resposta aqui já será diferente uma vez que podemos classificá-los como **prova documental** (arts. 164º a 170º do CPP), tratando-se de uma prova típica. Uma rápida leitura pelas normas que fazem parte da regulação da prova documental leva-nos até ao art. 167º – que nos fala precisamente em *reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo eletrónico*. Por outro lado, facilmente verificamos que as gravações e/ou fotografias podem ser incorporadas na definição de documento que nos é dada no art. 164º, nº 1 do CPP.

Consideramos importante referir, ainda que a título breve, alguns aspetos do seu regime legal que podem influir com o tema da nossa investigação. Mencione-se o nº 2 do art. 164º, que estabelece que a junção da prova documental pode ser feita oficiosamente ou a requerimento, não sendo admissível documento que contenha declaração anónima<sup>12</sup> (isto é, onde o autor não possa ser identificado<sup>13</sup>). Se for apresentada uma gravação contendo declarações anónimas e onde por nenhuma forma se consiga identificar o seu autor, fica precluída a sua utilização

---

12 Salvo se esse documento for, ele mesmo, objeto ou elemento do crime. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, vol. II, p. 224.

13 PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP à luz da CRP e da CEDH*, 4ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 459.

como meio de prova<sup>14</sup>.

Por fim, uma questão que também nos parece importante é a possibilidade de oficiosamente ou a requerimento, um documento junto aos autos poder ser declarado como falso, de acordo com o art. 170º, nº 1. Nesse caso, e até se o tribunal ficar com fundada suspeita da falsidade do documento, cópia deste deve ser transmitida ao MP para que abra um inquérito de forma a determinar eventuais responsabilidades criminais (nº 2 do art. 170º). Certo é que se o tribunal declarar na sentença a sua convicção de falsidade do documento como meio de prova, este perde o seu valor probatório. A importância desta questão justifica-se, a nosso entender, por um simples motivo. É comum que estes meios de prova sejam considerados como altamente fidedignos devido não só à sua própria natureza de representação objetivável da realidade, como também à evolução técnica que tem permitido gravações e imagens cada vez mais pormenorizadas, trazendo uma relativa segurança, por exemplo, na questão da identificação dos suspeitos. No entanto temos de considerar o reverso da medalha – é que essa mesma evolução técnica também permite proceder a manobras de manipulação ou edição dos instrumentos captados. Nesse sentido, torna-se importante, pelo menos, levantar a possibilidade de se questionar a sua autenticidade em juízo<sup>15</sup>. Para além da possibilidade da sua manipulação intencional que nos poderá levar a questionar a autenticidade do material em causa, refira-se ainda a possibilidade de existirem defeitos técnicos nas gravações tais como imagens pouco nítidas, vozes dificilmente identificáveis numa gravação, pouca iluminação que torne praticamente impossível fazer-se um processo de reconhecimento, etc.<sup>16</sup> Não se tratando de um problema de autenticidade, trata-se de um problema de fiabilidade

---

14 PAOLO TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, 5ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 276.

15 Impondo que a mesma seja atestada através da submissão ao princípio do contraditório em sede de audiência de julgamento, MILENE MARTINS, *A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*, Lisboa: AAFDL, 2014, p. 145.

16 MUÑOZ CONDE, “Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante vídeos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos”, in *Revista Penal*, nº 13, 2004, pp. 112 e 113.

do material recolhido. Nos casos em que este problema possa ser levantado, parece não existir na lei uma solução direta para o resolver, estando a sua valoração dependente da entidade que avalia livremente a prova. Mas isso é um problema geral e transversal a todos os meios de prova – como se sabe, até a própria prova testemunhal, sujeita a processos psicológicos de percepção subjetiva ou de falsas memórias, pode levantar o mesmo problema<sup>17</sup>. Assim para nós é essencial que duas coisas fiquem escritas. Que cautela seja a palavra de ordem para o intérprete e aplicador, tornando-se não só necessário afastar concepções que absolutizem a eficácia e veracidade destes meios de prova, como também a apresentação de outros meios de prova complementares. E que se exija a existência de um procedimento pericial obrigatório de verificação do estado das gravações ou fotografias de modo a garantir o seu nível de fiabilidade já não apenas com base no bom senso do julgador, mas através da existência de um parecer técnico que confira outro tipo de solidez no momento da tomada de decisão<sup>18</sup>.

Depois de identificarmos o enquadramento legal da matéria dentro da prova documental, chegamos agora à nossa norma primordial que aparentemente nos dá a resposta para o problema da utilização processual das gravações e fotografias obtidas por particulares. Essa norma é o art. 167º, nº 1 – cabe agora, no ponto seguinte do presente capítulo, precisar o significado desta norma.

### **1.3. A proibição de utilização de gravações de voz e registo de imagem quando obtidas de forma ilícita**

Um aspeto fundamental que caracteriza o art. 167º do CPP e é reconhecido por toda a doutrina e jurisprudência, é a escolha do critério da ilicitude penal para determinar a possibilidade de utilização destes meios de prova<sup>19</sup>. Nos casos em que

---

17 PAOLO TONINI, *Manuale...*, pp. 833 e ss.

18 MUÑOZ CONDE, “Sobre el valor probatorio...”, p. 113.

19 COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, p. 238; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, vol. II, p. 224; LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, *CPP Anotado*, vol. I, 3ª edição, Lisboa: Rei dos

se conclua pela ilicitude, o artigo estabelece uma verdadeira proibição (de valoração) de prova<sup>20</sup>, impedindo a sua utilização processual.

Em nosso entender, desta afirmação de princípio extraída da leitura do art. 167º, nº 1 resultam dois aspetos a analisar: 1) as normas que devem ser tidas em conta para aferir a exigida ilicitude; 2) as consequências que podemos retirar da escolha deste critério ao nível dos valores e das finalidades do processo que acima identificámos.

Em relação à primeira questão, como refere COSTA ANDRADE, *por expressa remissão da lei processual, a disciplina da admissibilidade/inadmissibilidade adjetiva destes meios de prova começa por ser um problema de licitude/ilicitude material*<sup>21</sup>. Nesse sentido, pelo menos num primeiro momento, torna-se imperioso recorrer a normas penais para averiguar se uma determinada conduta levada a cabo por um particular pode preencher a factualidade típica pertinente.

Uma primeira questão a colocar será a de saber se quando o art. 167º, nº 1 do CPP fala em ilicitude *nos termos da lei penal* quer se reportar a todas as normas penais previstas e espalhadas pelo ordenamento jurídico ou apenas às normas constantes do CP. A resposta a esta questão pode ter relevância uma vez que, por exemplo, a propósito da Lei n.º 67/98, o incumprimento da obrigação de notificação ou de pedido de autorização prévia por parte da CNPD para o tratamento de dados pessoais, especialmente relevante nos casos de videovigilância (art. 4º, nº 4), pode consubstanciar um crime de acordo com o art. 43º, nº 1, al. a) do referido diploma. Consideramos que à partida não existe qualquer motivo para excluir normas cujos bens jurídicos se manifestem como relevantes, que não estejam previstas no CP<sup>22</sup>. Deixando aqui manifestada a nossa orientação fundamental, remetemos as razões argumentativas para um momento

---

Livros, 2008, p. 1098.

20 PAULO DE SOUSA MENDES, “As proibições de prova no processo penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coord. Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004, p. 145.

21 COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, p. 242.

22 Ao contrário de grande parte da jurisprudência, como iremos ver *infra*.

posterior, uma vez que esta questão será tratada a propósito da admissibilidade de utilização de gravações provenientes de sistemas de videovigilância instalados por particulares que não tenham cumprido os requisitos legalmente impostos. O que por agora importa referir é que não defendemos uma interpretação restritiva do art. 167º, nº 1 do CPP, limitando a sua incidência apenas e só às normas do CP. Mas, com exceção desta consideração que se pode aplicar ao caso específico da utilização de sistemas de videovigilância por particulares, inevitavelmente, as normas primordiais encontram-se no CP – os arts. 192º e 199º.

Nos termos do primeiro, se forem usados por particulares processos de gravação de voz e registo de imagem que contendam com a vida privada de outrem, tal conduta será considerada ilícita<sup>23</sup>. De acordo com o segundo, estabelece-se a incriminação de gravações e fotografias obtidas ou utilizadas sem consentimento ou contra vontade do visado – que não sejam obtidas em contextos privados, pois aí a incriminação aplicável será a do art. 192º do CP. Apesar de à partida poder configurar-se como difícil a compatibilização destas duas normas por possuírem âmbitos de aplicação sobrepostos<sup>24</sup>, a verdade é que se trata de um concurso aparente, uma vez que são duas normas que protegem bem jurídicos distintos e que possuem uma relação de subsidiariedade<sup>25</sup>. Quer isto dizer que a incriminação do art. 199º do CP só entra em jogo se concluirmos que, através da utilização destes processos, não houve devassa da vida privada do visado.

A segunda questão a que nos propomos responder prende-se com a determinação das necessárias consequências que podemos retirar da norma do nº 1 do art. 167º pelo facto de o legislador ter optado pelo critério da ilicitude penal substantiva para determinar a proibição de prova em análise.

Em primeiro lugar, podemos dizer que torna óbvia a vontade do legislador em

---

23 Temos ainda os arts. 193º (devassa por meio de informática), 194º (violação de correspondência ou de telecomunicações) e 195º (violação de segredo), formas especiais de crimes de devassa.

24 COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, Tomo I (dirigido por Figueiredo Dias), 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 1065 e 1066.

25 PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CP à luz da CRP e da CEDH*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 538.

manter a unidade do sistema jurídico relativamente aos seus valores fundamentais<sup>26</sup>. A possível utilização destes meios de prova estará sempre dependente da sua licitude face à lei penal substantiva. Isto não quer dizer, contudo, a nosso ver que uma gravação ou fotografia obtida de forma lícita tenha de ser sempre necessariamente admitida como prova.

Mas será que com base nesta escolha do legislador podemos ir ainda um pouco mais longe e retirar uma outra consequência, nomeadamente ao nível da ponderação entre os valores de prossecução da verdade e justiça e a proteção dos direitos à privacidade, imagem ou palavra, conferidos pelas normas penais acima mencionadas? Sabemos que o direito penal assume-se como a *ultima ratio* de proteção de bens jurídicos identificados como fundamentais numa determinada sociedade. Nesse sentido, estabelecendo o legislador o recurso à lei penal como condição de admissão da possibilidade de utilizar estes meios de prova poderemos afirmar aqui uma prevalência da defesa desses bens jurídicos sobre as finalidades tipicamente apontadas ao processo penal?

COSTA ANDRADE retira daqui precisamente esse conclusão – a escolha do legislador significa que os valores principais perseguidos pelo processo penal são subalternizados em relação aos bens jurídicos penalmente tutelados<sup>27</sup>. Assim, independentemente de se invocarem possíveis causas de exclusão da ilicitude para legitimar uma determinada conduta levada a cabo por um particular, essas causas nunca podem ter como base a invocação dos interesses associados ao processo penal. Ou seja, a invocação da realização da justiça, da descoberta da verdade, da proteção dos direitos fundamentais dos ofendidos ou a restauração da paz jurídica não têm força suficiente para permitir a produção ou utilização não consentidas de gravações ou fotografias para fins de perseguição criminal. Daí que COSTA ANDRADE tenha referido que o *mero propósito de juntar, salvaguardar e carrear provas para o processo penal não justifica o sacrifício do direito à palavra e do*

26 JORGE MIRANDA, “Processo penal...”, p. 59.

27 COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, p. 238.



*direito à imagem em que invariavelmente redundam a produção ou utilização não consentidas destas reproduções mecânicas*<sup>28</sup>, formulação que foi seguida por outros autores<sup>29</sup>, e alguma (minoritária) jurisprudência<sup>30</sup>.

Assim, à partida, interpretando o art. 167º, nº 1 do CPP no sentido de consubstanciar uma escolha do legislador pela prevalência dos bens jurídicos protegidos pelas normas penais sobre os fins típicos do processo<sup>31</sup>, parece que encontramos a solução do nosso problema: as gravações e fotografias, porque obtidas sem consentimento, nunca podem ser valoradas como prova. No entanto, acrescente-se que essa impossibilidade de valoração só diz respeito a casos que se identifiquem com o mero propósito de trazer prova para o processo. Como esclarece COSTA ANDRADE, se estiverem em causa outras finalidades transcendentais ao próprio processo, a sua utilização pode ser admitida<sup>32</sup>.

No entanto, a jurisprudência tem admitido uma resposta diferente para o problema, propondo uma construção mais flexível de valoração deste tipo de prova baseada também em finalidades tipicamente processuais. No próximo capítulo iremos colocar a descoberto essa divergência, avançar com as razões jurídicas que a fundam e por fim identificar e analisar criticamente os critérios genericamente invocados para legitimar a sua utilização probatória.

---

28 COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, p. 239.

29 LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, *Comentário...*, p. 841, JORGE MIRANDA, “Processo penal...”, pp. 51 e 52, BENJAMIM RODRIGUES, *Da prova penal: Bruscamente... A(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, tomo II, Editora Rei dos Livros, 2010, p. 562, MILENE MARTINS, *A admissibilidade...*, p. 66.

30 Ac. TRL de 03/05/2006; Ac. TRL de 30/10/2008 ou Ac. TRP de 23/04/2008.

31 COSTA ANDRADE, “Sobre a valoração, como meio de prova, em processo penal, das gravações produzidas por particulares”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. I, Boletim da FDUC, Coimbra, 1984 p. 615.

32 Que pode consistir em casos em que esteja em causa uma situação em que se imponha a salvaguarda de valores considerados superiores como a vida, a integridade física ou a liberdade do arguido. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, p. 239 e MILENE MARTINS, *A Admissibilidade...*, p. 71.

## 2. A resposta flexível da jurisprudência nacional sobre a exclusão da ilicitude

### 2.1. As tendências atuais e as razões justificadoras

A impossibilidade de admitir a valoração destes meios de prova em processo penal deriva da falta de consentimento dos gravados ou fotografados, por ser esse o aspeto caracterizador das incriminações dos arts. 192º e 199º do CP. Ainda que se pudesse invocar uma causa de justificação que excluísse a ilicitude da conduta, entende-se que o mero propósito de utilizar processualmente essas gravações ou fotografias como prova condenatória do visado, não seria suficiente para servir como tal<sup>33</sup>.

No entanto, várias decisões jurisprudenciais de tribunais superiores têm vindo a colocar em causa esse entendimento com base numa posição mais flexível de admissão destes meios de prova. Ilustrativa dessa afirmação é a ideia vertida no **Ac. TRG de 30/09/2002** de que *a repressão de crimes graves e a identificação dos seus agentes, cada vez mais bem apetrechados de meios técnicos sofisticados, deve permitir que na investigação criminal as autoridades possam utilizar gravações ou filmagens ocultas, mesmo as efetuadas por particulares, sob pena de um excesso de garantismo penal e processual comprometer seriamente a defesa dos valores fundamentais da comunidade.*

Da recolha e análise de jurisprudência que fizémos, conseguimos retirar uma conclusão inicial – a de que a grande maioria das decisões dos tribunais superiores em causa diz respeito à temática da **videovigilância**. De facto, a videovigilância assume-se atualmente como uma espécie de “guardiã” dos direitos dos cidadãos, sempre presente em quase todos os lugares por onde passamos, concedendo-nos a pretensão de nos sentirmos mais seguros e protegidos<sup>34</sup>. Um aspeto que, tendo em

---

<sup>33</sup> Ac. STJ de 14/01/99.

<sup>34</sup> BENJAMIM RODRIGUES, *A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 448.

conta a sociedade de risco em que vivemos e também considerando as novas formas de criminalidade como o terrorismo ou a utilização de métodos cada vez mais violentos na prática dos crimes, tem-se tornado cada vez mais central não só nas preocupações da sociedade, como das próprias autoridades estatais, contribuindo para a sua implementação e aceitação gerais<sup>35</sup>.

Só que o facto de a grande maioria das decisões favoráveis sobre a utilização destes meios de prova dizer respeito à videovigilância impõe-nos desde logo uma cautela inicial no que respeita à afirmação categórica da existência de uma tendência de afastamento da jurisprudência das concepções mais rigorosas acerca da inadmissibilidade destes meios de prova. Para já porque a videovigilância é apenas um dos casos que pode dar origem a provas obtidas por particulares; depois porque se trata de um caso específico cuja previsão, e mesmo até obrigatoriedade de utilização, se encontra prevista na lei<sup>36</sup> – sem prejuízo de não só podermos criticar essa opção em abstrato, como também podermos refletir sobre os fins para que ela deva servir em concreto<sup>37</sup> – ao contrário de outros meios de prova obtidos por particulares.

Assim, os tribunais admitirem o uso de gravações obtidas através de sistemas de videovigilância não é necessariamente determinante para podermos falar numa tendência completamente favorável a estes meios de prova em geral. No entanto, tendemos a inclinar-nos para uma resposta positiva pelo nível dos argumentos invocados nos acórdãos, que não falam só especificamente dos casos da videovigilância, mas de todos os casos em que esteja em causa o confronto com a

---

35 PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 642 e 643, fala mesmo numa certa anestesia sobre o alcance político do fenómeno e numa apatia social perante o mesmo.

36 Para uma consulta atualizada e exaustiva dos regimes jurídicos que prevêm a possibilidade de utilização da videovigilância, cfr. SÉRGIO PENA, “Os produtos da videovigilância como meio de prova em processo penal”, in *Revista do CEJ*, 2º semestre de 2013, nº 2, pp. 94 e 95, com especial relevância para a recente Lei n.º 34/2013 ou o art. 20º do CT.

37 É que uma coisa é admitir o uso da videovigilância como medida meramente preventiva de salvaguarda de pessoas e bens, no sentido em que possa servir como fator de dissuasão da prática de condutas criminosas. Outra coisa será considerar a possibilidade de utilizá-la como meio de obtenção de prova de modo a incriminar alguém sem que haja qualquer intervenção de uma autoridade judiciária no processo. Nesse sentido, BENJAMIM RODRIGUES, *A Monitorização...*, pp. 447 e 448.

utilização processual de uma prova que contenda com a imagem/palavra do visado.

Ficando ressalvada esta nota, pretendemos agora expor as razões que têm sido invocadas para legitimar um entendimento de maior abertura do processo penal a este tipo de provas, ponderando a sua pertinência.

É imprescindível invocar o **Ac. do STJ de 28/09/2011**, que começa por explicar que as novas formas de criminalidade e também a própria forma como se aborda o fenómeno da criminalidade hoje em dia<sup>38</sup>, *colocam agora, e mais do que nunca, a questão da liberdade e segurança e do delicado equilíbrio que lhe está subjacente*. Neste confronto, o STJ identifica a segurança como *um elemento essencial na vida dos cidadãos com enormes reflexos, diretos e indiretos, em termos económicos ou psicológicos*, não se tratando de um direito entendido apenas como garantia de exercício seguro e tranquilo de outros direitos, mas sim como um verdadeiro direito autónomo<sup>39</sup>. Embora o STJ tenha o cuidado, e bem na nossa opinião, de não considerar o direito à segurança como um direito absoluto, afirma no entanto a sua equiparação a outros direitos fundamentais, colocando-os ao mesmo nível. Mas mais à frente, o Acórdão vai ainda mais longe quando segue as conclusões do TEDH em que se afirma que *numa sociedade democrática, os interesses da segurança nacional prevalecem sobre os interesses individuais*. Sem prejuízo de reconhecer que existem *limites que não podem ser ultrapassados em nome da segurança*.

O Acórdão propõe ainda uma imposição interessante em que considera que a

---

38 O Ac. STJ de 20/06/2001 já reconhecia que *nesta batalha entre a autoridade e o delinquente vencerá já não apenas quem é mais inteligente mas sobretudo o que estiver melhor equipado tecnicamente para obter ganho de causa*. Ora, numa situação destas, grave, é mais plausível a opinião de que as normas constitucionais, a não serem interpretadas de uma forma atualizada e sensata, não serão um obstáculo ao crime mas uma oposição envergonhada aos delinquentes. Também o Ac. TRG de 30/09/2002: *temos como certo que a repressão de crimes graves e a identificação dos seus agentes, cada vez mais bem apetrechados de meios técnicos sofisticados, deve permitir que na investigação criminal as autoridades possam utilizar gravações ou filmagens ocultas, mesmo as efetuadas por particulares, sob pena de um excesso de garantismo penal e processual comprometer seriamente a defesa dos valores fundamentais da comunidade*.

39 Manifestando-se contra a conceção que vê o direito à segurança como direito à segurança coletiva da comunidade ou dos cidadãos, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, tomo I, p. 301.

efetivação dessa garantia cabe também aos próprios particulares, entendidos como cidadãos ativos e dinâmicos cujo papel é fundamental na *prossecução de espaços físicos e cognitivos de segurança*, antevendo a possibilidade de os mesmos poderem recorrer a meios de efetivá-la.

Para além disso, a douda decisão menciona também a necessidade de defesa de valores como a perseguição penal como um interesse justificativo a atender – *o que está em causa é saber até que ponto a protecção da intimidade da vida privada prevalece quando, em contraposição, estão interesses igualmente relevantes na prossecução dos valores do Estado os quais (...) podem incorporar a realização de objectivos e propósitos sem os quais se torna utópica a vida em sociedade*, identificado que no cerne da temática está o conflito entre *os interesses individuais e o interesse da perseguição penal*<sup>40</sup>.

Queremos deixar claro que não concordamos com o entendimento de que os interesses de segurança nacional prevalecem sobre os interesses individuais. Numa sociedade com traços totalitários, sim; nunca numa sociedade democrática. Uma verdadeira sociedade democrática não pode considerar-se outra coisa que não um espaço de liberdade de realização própria, fundada na dignidade da pessoa humana individual e concreta<sup>41</sup>, e não na absolutização do valor da segurança<sup>42</sup>.

Para além disso, a afirmação de que a segurança também se impõe como um verdadeiro dever para os cidadãos pode conduzir a uma situação em que todos nós podemos passar a controlar os passos dos nossos iguais à margem de qualquer consideração ética ou de respeito pelos limites impostos pela dignidade humana. Pensamos que assiste razão a PAULO OTERO quando alerta para a possibilidade de se assistir ao que chama de *totalitarismo horizontal*<sup>43</sup>, onde à semelhança do

40 No mesmo sentido, Ac. TRE de 13/11/2011.

41 JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, tomo I, p. 299.

42 A este propósito, LORENA BACHMAIER WINTER, “Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” in *2.º Congreso de Investigación Criminal* (coordenadores: Fernalda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Lisboa: Almedina, 2010, p. 162, fala numa sociedade que se encontra num estado, quanto a este tipo de questões, que pode qualificar-se como de *stress emocional*.

43 PAULO OTERO, *Instituições...*, tomo I, p. 644.

poder repressivo do Estado conferido pelo recurso quase indiscriminado a estes meios, os particulares também podem invadir o espaço de liberdade individual uns dos outros<sup>44</sup>.

A nosso ver, estes dois aspetos – o da afirmação da prevalência da segurança nacional sobre os interesses individuais e o entendimento de que a segurança pode ser imposta como um dever para os particulares – enfraquecem não só a qualidade do referido Ac. do STJ como também toda a argumentação invocada para justificar a necessidade de se proceder a um entendimento mais flexível nesta área.

Bastante mais acertada parece-nos a aproximação à necessidade de conjugar a segurança com outros direitos, ao contrário de conceder-lhe um princípio de prevalência. E isto porque fazer-se com a segurança precisamente o que se critica em relação ao entendimento de superioridade dos direitos à imagem, à palavra ou à intimidade não nos parece o caminho mais acertado. A segurança deve ser sempre posta ao serviço da pessoa humana e não ser entendida como meio de instrumentalizá-la ou erodir o seu espaço de liberdade<sup>45</sup>.

## **2.2. A identificação dos critérios invocados para permitir a sua utilização probatória**

A rigidez da solução que prevê a impossibilidade de utilização processual de gravações ou fotografias obtidas sem consentimento levou a que a maioria da jurisprudência nacional, alicerçada na afirmação da necessidade de atender a outros valores igualmente relevantes como os que são postos em causa por estes meios de prova, tenha vindo a caminhar em sentido contrário.

Ora, uma das questões que mais nos motivou a apresentar esta temática à luz de uma análise jurisprudencial foi a de tentar perceber quais os critérios invocados

---

44 FARIA DA COSTA, “As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista”, in *Direito Penal da Comunicação - Alguns escritos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 162 e 163.

45 PAULO OTERO, *Instituições...*, tomo I, p. 643.

para permitir tal utilização. A esse propósito, não podemos deixar de mencionar como mais uma das nossas conclusões o facto de existir uma grande homogeneidade relativamente aos critérios gerais invocados. Esta tendência mais permissiva possui um relativo grau de sedimentação na nossa jurisprudência, na medida em que se pode dizer que os critérios identificados são bastante repetidos e podemos formulá-los, com relativa liberdade, nos seguintes termos:

*Não constitui crime a obtenção de gravações/imagens, mesmo sem o consentimento do visado, sempre que 1) exista justa causa para esse procedimento, e 2) não diga respeito ao núcleo duro da vida privada do mesmo*<sup>46</sup>.

Foi com base nesta formulação, mencionada e repetida em vários Acórdãos, que identificámos os dois grandes critérios utilizados para permitir a sua admissão processual. Iremos tratar, dentro deste capítulo, cada um dos critérios autonomamente, analisando a forma como são densificados e os problemas que podem levantar.

### **2.2.1. O primeiro critério: "Não dizer respeito ao núcleo duro da vida privada"**

A primeira questão com que nos devemos preocupar é a de perceber qual é a perspetiva da jurisprudência maioritária acerca da determinação das situações que possam cair dentro do conceito de núcleo duro da vida privada. É que o art. 192º do CP fala em *devassa da vida privada*, parecendo aparentemente remeter para um conceito mais geral do que aquele que a expressão *núcleo duro da vida privada* nos pode apontar, pelo menos de forma literal. Note-se que esta diferenciação

---

46 Assim Ac. STJ de 28/09/2011; Ac. STJ de 20/06/2001; Ac. do STJ de 15/02/1995; Ac. do STJ de 09/02/1994; Ac. TRP de 23/10/2013; Ac. TRP de 23/01/2013; Ac. TRP de 23/11/2011; Ac. TRP de 14/10/2009; Ac. TRP de 26/03/2008; Ac. TRG de 26/04/2010; Ac. TRG de 29/03/2004; Ac. TRG de 19/05/2003; Ac. TRG de 30/09/2002; Ac. TRC de 10/10/2012; Ac. TRL de 04/03/2010; Ac. TRL de 28/05/2009; Ac. TRE de 24/04/2012; Ac. TRE de 28/06/2011.

pode também ser encontrada no próprio art. 26º, nº 1 da CRP, que tutela a privacidade e a elevou a um direito fundamental<sup>47</sup>, que nos fala em *intimidade* da vida privada, parecendo reportar-se a um qualquer aspeto mais restrito dentro do conceito de privacidade. Interessa-nos então tentar compreender com o que é que a jurisprudência identifica e como é que concretiza esse tal núcleo duro da vida privada e se essa aparente diferenciação nas normas tem alguma relevância no seu âmbito de proteção.

O bem jurídico privacidade (em sentido material<sup>48</sup>), tutelado pelo art. 192º do CP, encontra a sua fundamentação constitucional na previsão do direito à intimidade da reserva da vida privada do art. 26º, nº 1 da CRP. Trata-se de um direito relativamente recente e cuja progressiva necessidade de proteção foi surgindo com o entrelaçamento entre o exponencial desenvolvimento tecnológico e as formas cada vez maiores de devassa e agressão por ele potenciadas<sup>49</sup>. Face à consagração da dignidade humana como valor fundamental de todo o ordenamento jurídico, a afirmação e realização da personalidade humana só consegue ter lugar na medida em que lhe seja garantida a existência de um espaço próprio e livre de interferências<sup>50</sup>. Assim interessa-nos enquanto seres auto-determinativos que factos, situações ou simples comunicações não sejam conhecidos por terceiros ou sendo-o, que seja o próprio titular a controlar quem pode aceder a esse conhecimento<sup>51</sup>. Essa dupla vertente encontra-se igualmente concretizada na

47 CONDE CORREIA, "Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações?", in *Revista do MP*, Ano 20, nº 79, julho/setembro 1999, p. 47.

48 Isto significa que as ações descritas no art. 192º do CP só poderão ser consideradas como típicas na medida em que tenham por objeto factos, eventos ou dados concretamente pertinentes à área de reserva. COSTA ANDRADE, "A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal", in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 141, nº 3972, janeiro/fevereiro 2012, p. 154. Se isso não suceder, as ações podem continuar a ser puníveis, mas apenas dentro do contexto de outras infrações contra a vida privada em sentido formal, como por exemplo o art. 194º, ou cair no âmbito de tutela do art. 199º do CP. COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1058.

49 FARIA DA COSTA, "As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista", in *Direito Penal da Comunicação - Alguns escritos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 176. No mesmo sentido, MOTA PINTO, "O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada", in *Boletim da FDUC*, vol. LXIX, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 511.

50 MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Band I, C. H. Beck: München, 1996 p. 156.

51 GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra



incriminação do art. 192º, nº 1 que, por um lado, pune não só o ato de intromissão nas alíneas a), b) e c), como também o de divulgação dos factos relativos à vida privada nos termos da alínea d).

Alguns autores têm defendido a hipótese de aplicar na ordem jurídica portuguesa a conhecida teoria das três esferas<sup>52</sup>, construída e desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs de modo a determinar o conteúdo do conceito de privacidade. De acordo com esta teoria, o âmbito (maior ou menor) de proteção deste direito à privacidade é delimitado em função da pertença a cada uma das esferas em que se pode dividir a nossa vida. Assim, existiria a *Öffentlichkeitssphäre*, isto é, a esfera da vida pública onde se inserem as informações suscetíveis de serem conhecidas por todos, estando arredada da proteção garantida ao direito à reserva da vida privada<sup>53</sup>. Por oposição, existiria a *Intimsphäre*, esta relativa à vida íntima e a todos os factos que devem ser subtraídos ao conhecimento de qualquer pessoa, não admitindo compressões ou restrições, quer por parte do Estado, quer por parte dos particulares, encontrando-se fora de um eventual juízo de ponderação quando se colocassem hipóteses em que se concluísse pela sua violação<sup>54</sup>. No meio destas duas estaria a *Privatsphäre*, que englobaria os acontecimentos e as informações que o titular apenas partilha com um número restrito de pessoas e cuja extensão seria influenciada pelo estatuto concreto do titular do direito<sup>55</sup>. O seu nível de proteção não seria tão intenso como o conferido à *Intimsphäre*, podendo os factos que nela caíssem ser submetidos a um juízo de ponderação quando confrontados com razões de segurança pública ou

---

Editora, 2007 p. 467. No mesmo sentido, MOTA PINTO, "A proteção da vida privada e a Constituição", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVI, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 169

52 Fazem-no COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1047; PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CP...*, p. 521; FARIA DA COSTA, "O direito penal..." p. 71; RITA AMARAL CABRAL, "O direito à intimidade e à vida privada", in *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa: AAFDL, 1989, p. 398 e CAPELO DE SOUSA, *O direito geral...*, pp. 326 a 328.

53 MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz...*, p. 164.

54 CLAUS ROXIN, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal* (trad.: Óscar Julián Guerrero Peralta), 1ª ed., Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007, p. 104.

55 MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz...*, pp. 161 e 162.

de interesse público<sup>56</sup>. Tendo em conta a utilização da já mencionada expressão *núcleo duro da vida privada* e a leitura imediata que dela podemos fazer, cabe saber se a jurisprudência dos tribunais superiores tem seguido esta teoria das três esferas como forma de concretizar o conceito.

Das decisões que lemos e analisámos, só uma o fez – e foi apenas ao nível da 1.ª instância. Esta posição vem referida no **Ac. TRE de 13/11/2011** a propósito de um caso em que se questionou a admissibilidade de fotografias que registavam a prática de abusos sexuais do arguido com vários menores como prova desses crimes. Apesar de as fotografias terem sido tiradas pelo próprio, a sua não admissão como prova foi sufragada pelo Tribunal de 1.ª instância pelo facto de o seu conteúdo dizer respeito à vida íntima (sexual) dos visados. A esse propósito, o mesmo Tribunal escreveu que *seguimos aqui Costa Andrade, quando se posiciona no sentido de que o princípio da ponderação de interesses é imprestável para os casos em que a fotografia ou o registo da imagem atingiu a **esfera mais nuclear da intimidade** (e não apenas a esfera dos outros graus da privacidade), a qual constitui uma área nuclear inviolável, mesmo para efeitos de justiça e de perseguição criminal, nomeadamente para utilização como prova no processo penal*. No entanto, esta foi a singela referência que encontrámos relativamente à aplicação da teoria, sendo certo que a restante jurisprudência não faz qualquer tipo de distinção de esferas dentro do conceito de privacidade<sup>57</sup>.

Dentro dos defensores da aplicabilidade da teoria das três esferas existem aqueles que defendem que a proteção conferida pela nossa ordem jurídica se limita apenas à esfera íntima<sup>58</sup>. Por outro lado existem outros autores que rejeitam esta separação entre uma esfera íntima e uma esfera privada. Estão neste campo MOTA

---

56 MANGOLDT e KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz – Kommentar*, Band 1, München: Franz Vahlen, 1985, p. 159 e MAUNZ- DÜRIG, *Grundgesetz...*, p. 162.

57 Assim, Ac. TRL de 30/10/2008 ou o Ac. TRG de 29/03/2004 que considera, a propósito do conceito de reserva da vida privada que *o que está constitucionalmente protegido é apenas a esfera privada e íntima do indivíduo*.

58 RITA AMARAL CABRAL, “O direito à intimidade...”, p. 399.

PINTO<sup>59</sup>, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>60</sup> e também BENEDITA MAC CRORIE<sup>61</sup>. Neste ponto podemos concluir que as tendências da jurisprudência têm ido no mesmo sentido das considerações tecidas por estes últimos autores que consideram que a teoria das três esferas pode não ser suficientemente forte para resistir aos argumentos que contra ela podem ser invocados<sup>62</sup>.

Uma crítica inicial que se pode fazer é a de saber se existem mesmo as tais áreas irreduzíveis e intocáveis, sejam quais forem as circunstâncias e os casos concretos. Parece-nos que não devemos aceitar acriticamente à partida a existência de direitos que se afirmam de um modo tão radical e absoluto, desconsiderando todo e qualquer circunstancialismo envolvente. Para além disso, as próprias fronteiras entre as esferas da intimidade e da privacidade são de difícil definição<sup>63</sup>, dependentes do caso concreto, diríamos até dependentes de uma certa arbitrariedade, oscilando quanto ao seu conteúdo, não havendo consenso aparente sobre o que pertence a uma e a outra<sup>64</sup>. Ora, não existindo um critério de diferenciação relativamente seguro e estável, não parece ser razoável fazer dele depender a redução ou a ampliação da proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada.

Assim apesar da expressão *núcleo duro* poder, à primeira vista, remeter-nos para uma concretização particular em que apenas certos aspetos mais íntimos da privacidade estariam protegidos, consideramos que a tutela não se deve limitar exclusivamente a esses aspetos – a própria jurisprudência não o faz e a incriminação do art. 192º do CP não tutela apenas a área mais restrita da intimidade. No entanto, isto não significa que existam condições para se afirmar

---

59 MOTA PINTO, “A proteção...”, pp. 524 e 525.

60 GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, p. 468.

61 BENEDITA MAC CRORIE, “O direito à reserva...”, p. 57.

62 Mesmo a própria jurisprudência alemã mais recente tem vindo a colocar a aplicação da teoria em causa. MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz...*, p. 164.

63 MANGOLDT e KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz...*, p. 159.

64 CONDE CORREIA, “Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em processo penal”, in *Revista do CEJ*, nº 6, 1º semestre de 2007, p. 151.

que todos os factos e acontecimentos que possam ser levados ao conceito de privacidade possuam o mesmo grau de proteção – tratando-se de um conceito tão vasto, abrange uma miríade de situações que podem estar mais ou menos próximas do seu núcleo fundamental. Relativamente a este aspeto, a teoria dos três graus poder-se-á afirmar como útil, na medida em que pode guiar-nos no estabelecimento de níveis de ofensa à privacidade. Contudo, perde a sua utilidade a partir do momento em que possa servir de fundamento apenas para proteger em exclusivo a esfera da intimidade.

#### **2.2.1.1. A concretização do conceito de vida privada do art. 192º do CP**

Quando o art. 192º do CP fala em vida privada tem como referencial a sua oposição ao conceito de vida pública. A dificuldade de encontrar uma definição concreta para cada um destes conceitos e a impossibilidade de se fazer uma separação estanque entre eles tem sido um aspeto unanimemente considerado pela doutrina<sup>65</sup>.

Poderia invocar-se o local onde ocorre a conduta. O art. 192º, nº 1 do CP fala também em *espaços íntimos e lugar privado*, tornando-se essencial determinar a relevância deste critério. PINTO DE ALBUQUERQUE esclarece que o espaço íntimo ou lugar privado não equivale apenas à habitação, dizendo antes respeito a *espaços vedados ao público em que se desenvolva a vida privada*<sup>66</sup>. Parece assim identificar-se o âmbito da proteção da reserva da vida privada com o local onde o comportamento ocorra. De facto, quando estamos num local público não é de se esperar que pensemos estar a agir sob o *manto da privacidade*<sup>67</sup>, uma vez que estamos em locais acessíveis à generalidade das pessoas, em que qualquer um

---

65 MOTA PINTO, “O direito à reserva...”, p. 504, BENEDITA MAC CRORIE, “O direito à reserva...”, p.

56 ou SÉRGIO PENA, “Os produtos da videovigilância...”, p. 90.

66 PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 520.

67 FARIA DA COSTA, “As telecomunicações...”, pp. 157 e 158.

pode tomar conhecimento das nossas condutas<sup>68</sup>; já se estivermos num local privado ou reservado, a expectativa de não intromissão é incomparavelmente mais elevada.

Este critério é bastante utilizado em várias decisões jurisprudenciais, sobretudo em casos respeitantes à admissibilidade de gravações de videovigilância. Alguns Acórdãos fazem referência à circunstância de as imagens terem sido captadas num local público de forma a concluir pela não violação da intimidade da vida privada<sup>69</sup> e muitas vezes automaticamente admitir assim o meio de prova. Por exemplo, no **Ac. STJ de 20/06/2011**, o Procurador do MP encarregue de se pronunciar sobre o recurso considerou que, como as gravações captadas pela videovigilância, *in casu*, foram recolhidas em local público (...) outra coisa não seria de esperar da parte do arguido ou de qualquer outra pessoa que estivesse ao alcance das máquinas – ser captada a sua imagem. Igualmente no mesmo sentido se pronunciam os **Acs. do TRP de 14/10/2009** (admitindo as gravações de videovigilância, captadas num posto de combustível, como prova contra os assaltantes), de **03/02/2010** (também admitindo as gravações de videovigilância que documentavam a intromissão noturna do arguido num estabelecimento público que se encontrava encerrado) e de **23/10/2013** que considerou que *a imagem captada, em local público, por factos ocorridos em via pública, do suposto autor do crime por um lado não constitui nenhuma violação do núcleo duro da sua vida privada, nem do seu direito à imagem, não sendo necessário o seu consentimento para essa gravação*; no mesmo sentido, os **Acs. do TRG de 29/03/2004**, referindo-se igualmente a um caso de captação de imagens de um assalto a um posto de combustível, e de **19/05/2003**, que concluiu que o arguido não foi filmado no contexto da sua esfera privada porque as mesmas imagens foram captadas numa caixa multibanco.

Assim podemos concluir que o critério do local onde ocorre a conduta é, não poucas vezes, utilizado para determinar se houve violação do direito à intimidade

68 RITA AMARAL CABRAL, “O direito à intimidade...”, p. 396.

69 E também, como iremos ver, do próprio direito à imagem por força do nº 2 do art. 79º do CC.

da vida privada do visado. Apesar de parecer uma solução relativamente líquida, consideramos que as coisas nem sempre serão assim tão lineares. Isto porque para nós não é totalmente descabido configurar possibilidades de agressão à privacidade mesmo em sítios públicos<sup>70 71</sup>. Consideramos que o direito à privacidade não se deve reportar exclusivamente à circunstância de um indivíduo estar num determinado espaço físico. Por ser um direito pessoal, acompanha o seu titular onde quer que vá e continua em princípio a merecer ponderação de tutela mesmo em lugares públicos.

Face a estas dificuldades, na nossa perspetiva, não devemos considerar o local como um critério determinante para distinguir os factos que pertencem à vida privada dos que pertencem à vida pública, embora, como escreve MOTA PINTO, este seja *um elemento importante a ter em consideração*<sup>72</sup>. Só que tê-lo em consideração não equivale a elevá-lo a único critério decisivo – e parece-nos que é isso que algumas decisões têm feito.

Não podendo usar para todos os casos o critério do local, poderemos operar a distinção entre o que é a vida pública e privada com base na vontade subjetiva do titular, pertencendo à última tudo aquilo que o indivíduo em questão considerasse não dever ser partilhado? O **Ac. do TC nº 263/97** menciona a possibilidade de *a própria noção de vida privada ser em certa medida dependente do indivíduo*, no entanto reconhecendo também que essa determinação deve ser feita recorrendo a *valorações sociais correntes sobre a questão*. Vão no mesmo sentido as decisões que referem que a proteção da vida privada das pessoas abrange os casos em que as gravações ou imagens tomadas *o foram em algum local privado, total ou parcialmente restrito, no qual, segundo as conceções morais vigentes, uma pessoa não deva ser retratada*<sup>73</sup>.

A introdução deste elemento de variação em função da perspetiva do indivíduo

70 MOTA PINTO, “A proteção...”, pp. 165 e 166. Contra, FARIA DA COSTA, “O direito penal...”, p. 70.

71 Defendendo esta posição, o Ac. TRL de 15/02/1989 e o Ac. TRL de 30/10/2008.

72 MOTA PINTO, “A proteção...”, p. 165.

73 Ac. STJ de 20/06/2011; Ac. TRP de 14/10/2009 ou Ac. TRP de 03/02/2010.

e das próprias concepções sociais pode levar-nos por um caminho perigoso de relativização do conceito, não devendo ser este também o caminho adequado, pois de outro modo nunca teríamos forma de saber com alguma certeza o que é que seria privado ou não por depender em última instância de considerações pessoais do indivíduo.

Quanto ao seu conteúdo, a formulação do art. 192º do CP dá-nos uma orientação definitiva na direção de que todos os aspetos relacionados com a intimidade da vida familiar ou sexual são englobados dentro da vida privada. Só que a lei refere através da utilização da expressão *designadamente* que a vida privada pode englobar outros aspetos igualmente tutelados. A jurisprudência dos Tribunais da Relação, quando chamados a pronunciar-se sobre a averiguação da violação do direito à reserva da intimidade da vida privada nos casos da admissão de gravações e fotografias como meio de prova, têm identificado o tal núcleo duro, portanto a área de privacidade tutelada, como *a intimidade, a sexualidade, a saúde, a vida particular e familiar mais restrita, que se pretende reservada e fora do conhecimento das outras pessoas*<sup>74</sup>.

O art. 192º do CP identifica duas formas a que se pode reconduzir a devassa – por um lado, a obtenção de informação mediante intromissão na privacidade, que pode ser concretizada por uma das condutas tipificadas nas als. a), b) e c) (e apenas só por elas); por outro lado, a utilização, transmissão ou divulgação da informação (quanto a esta última, a violação pode ser levada a cabo por qualquer forma, uma vez que a al. d) não estabelece nenhuma modalidade específica de conduta), isto é *o alargamento do universo de pessoas a ter conhecimento das coisas pertinentes à área de reserva*<sup>75</sup>, independentemente de na sua origem ter existido um acesso legítimo a essas informações. Isto permite-nos concluir que as referidas modalidades não possuem uma relação de comunicabilidade automática relativamente à licitude ou ilicitude do comportamento em que se manifestam.

74 Ac. TRP de 14/10/2009, o Ac. TRP de 11/07/2012, o Ac. TRL de 04/03/2010, o Ac. TRE de 28/06/2011 ou o Ac. TRE de 24/04/2012.

75 COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1057.

Se concluirmos que não está em causa qualquer violação da vida privada do visado, não existindo responsabilidade criminal subsumível ao art. 192º do CP, podemos, automaticamente admitir gravações de voz ou registos de imagem como prova?

É que o direito à reserva da intimidade da vida privada não é o único, nem tão pouco o principal direito agredido neste tipo de situações. Com efeito, a própria palavra e a imagem do visado podem ser igualmente afetadas. Assim sendo, cabe avançar mais um passo na nossa análise e concluir se essa violação, não inserida dentro de um contexto privado, pode ainda assim ter lugar, tentando também averiguar se a jurisprudência dos tribunais superiores acolhe ou não este entendimento.

### **2.2.2. A insuficiência do critério: a violação autónoma dos direitos à imagem e à palavra**

Sendo inegável que as gravações e fotografias efetuados por particulares podem afetar a vida privada dos indivíduos, a verdade é que estes meios técnicos colocam em causa dois outros direitos fundamentais – o direito à imagem e o direito à palavra – art. 26º, nº 1 da CRP; art. 79º do CC, para a imagem<sup>76</sup> e art. 199º do CP. A tutela destes dois direitos garante que ninguém possa ver registadas ou divulgadas palavras ou imagens suas sem o seu consentimento.

As violações ao direito à reserva da intimidade da vida privada podem andar intimamente ligadas a violações aos direitos à palavra e à imagem dos atingidos<sup>77</sup> – e isso é imediatamente perceptível logo na incriminação do art. 192º, nº1, alíneas a) e b). No entanto quando o art. 167º, nº 1 do CPP manda atender à ilicitude da

<sup>76</sup> Apesar de na lei civil o direito à palavra não estar autonomizado, alguns autores têm entendido que o art. 79º do CC deve ser também a ele aplicado. Assim, JORGE MIRANDA, “Processo penal...”, p. 390 e NUNO LUMBRALES, “O direito à palavra...”, p. 211.

<sup>77</sup> JOÃO CAIRES, “O registo de som e imagem e as escutas ambientais”, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova* (coord.: Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes e Carlota Almeida), Coimbra: Almedina, 2014, p. 277.



conduta, não nos parece que esteja apenas e só a proteger a intimidade da vida privada dos visados<sup>78</sup>, protegendo igualmente a sua própria imagem e a sua própria palavra de forma independente, sobrando-lhes um espaço próprio de subsistência materializado pelo art. 199º do CP.

Sendo à partida inegável a ligação entre estes três direitos<sup>79</sup>, cabe determinar se essa mesma ligação é um requisito essencial para que possamos considerar a ilicitude da conduta e, por essa via, excluir a admissibilidade de gravações de voz e registo de imagem como meio de prova. Parece-nos que a resposta a dar não pode deixar de ser negativa com base no entendimento de que os direitos à palavra e à imagem se configuram como direitos autónomos e independentes e que podem ser analisados em separado independentemente da sua afetação dizer respeito a um contexto de violação da vida privada. Interessa-nos expor os argumentos que nos permitem fazer tal caracterização.

Talvez não comecemos da melhor maneira ao dizer que historicamente os direitos à palavra e à imagem foram descobertos no seio da privacidade<sup>80</sup>. Em 1976, a CRP previa apenas o direito à reserva da intimidade da vida privada, sendo a imagem e a palavra protegidas apenas na medida em que atentados contra elas se dirigissem também contra a vida privada<sup>81</sup>. Mais tarde com as revisões constitucionais, em 1982, surge a referência expressa ao direito à imagem e em 1989 ao direito à palavra. A este propósito, o **Ac. STJ de 28/09/2011**, considerando o direito à imagem como uma manifestação do direito ao segredo da vida privada, conclui que a autonomização que é feita na lei constitucional é um critério que *não assume relevância prática*<sup>82</sup>. Ora a nossa ver ocorre o contrário.

---

78 Como defende PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 463.

79 JORGE MIRANDA, “Processo penal...”, p. 389 e RITA AMARAL CABRAL, “O direito à intimidade...”, p. 402.

80 COSTA ANDRADE, “Sobre a reforma do Código Penal português”, in *RPCC*, Ano 3, Fasc. 2-4, abril-dezembro 1993, p. 435.

81 Mas é curioso notar que na lei civil tanto o direito à reserva da intimidade da vida privada, como o direito à imagem já se encontravam autonomizados desde 1966.

82 O mesmo Acórdão contraditoriamente mais à frente, reconhece a autonomia dos direitos à imagem e à palavra.

Precisamente (mas não só) porque a lei constitucional autonomiza estes direitos, daqui podemos retirar a conclusão de que se pretendeu que eles tivessem tratamentos autónomos<sup>83</sup>. Embora deva ficar notado que este não é um argumento definitivo a favor da sua autonomização. E isto porque em outras legislações europeias, apesar de tal como por cá existir um reconhecimento constitucional autónomo destes direitos, a verdade é que, no que concerne especificamente ao direito à imagem, a sua proteção em termos penais acaba por andar sempre associada à existência de uma ofensa à privacidade. Por exemplo, a Constituição espanhola reconhece o direito à imagem como um direito fundamental e consagra-o autonomamente; no entanto ao nível da proteção penal no art. 197º do seu CP, a incriminação diz respeito apenas a *el que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de outro, sin su consentimiento (...) utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen*. Da mesma forma, a *Grundgesetz* alemã reconhece a existência autónoma do direito à imagem, decantado de um direito geral de personalidade; no entanto, o § 201 a) do StGB protege a imagem apenas na medida em que tenha havido uma violação da esfera da vida pessoal – *Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahme*<sup>84</sup>. Cremos que isso pode estar relacionado com a própria função subsidiária de *ultima ratio* reservada ao direito penal que acaba por operar mudanças muito mais lentas quando comparado com os direitos fundamentais<sup>85</sup>, que se caracterizam por ter uma maior velocidade no acompanhamento dos progressos sociais, científicos e tecnológicos. Daí que essa associação que continua a ser feita entre a imagem e a privacidade também não deva ser, da mesma forma, um argumento definitivo no sentido de se defender a sua inevitável ligação. Até porque apesar de podermos considerar que a nossa lei recebeu

---

83 Ac. TRL 15/02/1989.

84 E isto sem prejuízo de existir, no direito alemão, uma norma muito antiga, datada de 1907, na KUG, no seu § 33, que pune a divulgação e exposição arbitrárias da fotografia de outrem (mas, note-se, não pune a produção arbitrária, revelando aqui uma tutela lacunosa).

85 COSTA ANDRADE, “A tutela penal...”, p. 139, utilizando, a este propósito, uma comparação curiosa: *o direito penal marcha normalmente atrás, como os lictores romanos*.

influências de outros ordenamentos jurídicos (especialmente o alemão), sobra-lhe sempre um espaço próprio de autonomia e de consagração de soluções inovadoras<sup>86</sup>.

A par da consagração constitucional do direito à imagem em 1982, o CP passou a prever pela primeira vez o crime de gravações e fotografias ilícitas (no antigo art. 179º), ao lado dos crimes de divulgação de factos referentes à intimidade da vida privada (no art. 178º) e de intromissão na vida privada (art. 180º). Apesar da aparente intenção de lhe conferir a merecida autonomia, o referido artigo encontrava-se sistematicamente inserido no Cap. VI, que dizia respeito a crimes contra a reserva da vida privada. Para além disso, no caso específico das fotografias ilícitas, a al. c) do nº 1 exigia que as mesmas dissessem respeito ao registo de *aspetos da vida particular de outrem*, um regime claramente influenciado pelas considerações que ditavam o direito à imagem como uma concretização típica do direito à privacidade<sup>87</sup>. A sua desinserção sistemática acabou por ocorrer em 1995, passando a deixá-lo sob a égide dos crimes contra *outros bens jurídicos pessoais*<sup>88</sup>. Eliminou-se a referência, no caso das fotografias ou filmes, aos *aspetos da vida privada de outrem*. Uma pista essencial e quase definitiva no sentido da sua autonomização<sup>89</sup>.

A propósito de encontrar mais argumentos para invocar a nossa posição refira-se, ainda que a temática em causa não esteja enquadrada no âmbito das provas obtidas por particulares, o problema de interpretação que se tem levantado a propósito do art. 6º da Lei nº 5/2002, que prevê o registo de voz e imagem como

86 COSTA ANDRADE, “A tutela penal...”, p. 138.

87 É curioso notar que, do lado das gravações ilícitas, não existia qualquer menção ao facto de o seu conteúdo ter de dizer respeito a aspetos da vida particular, o que, para nós, é sinal de duas coisas: em primeiro lugar, que o direito à palavra, por ser um direito que só conhece consagração autónoma na nossa Constituição, se desligou muito mais rapidamente do direito à privacidade por força da inexistência de construções doutrinárias sobre a sua concretização; em segundo lugar, que a relação entre o direito à imagem e à privacidade manteve-se muito por força precisamente desse labor doutrinário, que acabou por aprofundar mais os problemas relacionais entre os dois direitos, tornando mais difícil o processo da sua autonomização.

88 FIGUEIREDO DIAS, “O Código Penal português de 1982 e a sua reforma”, in *RPCC*, Ano 3, abril-dezembro de 1993, pp. 191 e 192.

89 PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 536.

meio de prova, estando a sua admissão pré-ordenada, entre outros critérios, à existência de uma prévia autorização por parte do JIC. Tem-se questionado se esta autorização deve ter lugar apenas quando através desse registo se possa ter acesso a aspetos da vida privada do visado, defendendo-se a sua desnecessidade para os restantes casos<sup>90</sup>. Ora, a resposta dada por MÁRIO FERREIRA MONTE parece-nos a correta e os argumentos invocados por este autor, que responde que essa autorização deve ter sempre lugar, independentemente de estar ou não em causa aspetos da vida privada do vigiado, baseiam-se na afirmação da autonomia dos direitos à imagem e à palavra<sup>91</sup>.

No entanto, não se pense que tal autonomização tem o sentido de separar em absoluto estes direitos, permitindo a partir daqui defender-se uma posição de que só um ou outro poderia ser violado num caso concreto. Com efeito, existem situações de violação simultânea dos mesmos<sup>92</sup>, mas tal não significa que todos os direitos em causa devam ser confundidos no seu tratamento, exigindo-se que o mesmo se faça de forma autónoma para cada um deles. Cabe agora saber se a jurisprudência dos tribunais superiores tem manifestado o mesmo entendimento.

O **Ac. STJ de 20/06/2001**, considera que as proibições de gravação de vídeo estabelecidas no art. 167º, nº 1 do CPP se destinam a *defender a vida, a atividade privada das pessoas*. Parece-nos que esta afirmação, com todo o devido respeito, peca por incompleta e parcelar<sup>93</sup>. Pensamos que a defesa da privacidade não é o

90 Ac. TRC de 22/01/2002.

91 MÁRIO FERREIRA MONTE, “O registo de voz e imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, CEJ, Coimbra Editora: Coimbra, 2004, pp. 87 e 88.

92 HUGO TAVARES, “A tutela penal do direito à imagem - entre a subsidiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica”, in *Direito Penal Hoje* (organizadores: Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 191.

93 No mesmo sentido, Ac. TRL 04/03/2010 que identifica a presença de apenas dois direitos merecedores de tutela: direito à propriedade, segurança de pessoas e bens contra o direito à intimidade, esquecendo-se de referir o direito à imagem. No entanto, acaba por também analisar a sua violação autónoma mais à frente. Igualmente, o Ac. TRC 10/10/2012 quando afirma que *o uso das tecnologias de informação, das comunicações e da videovigilância pode conflitar com o direito à intimidade e à vida privada*, deixando fora de consideração direitos como a imagem ou a palavra.

único nem mesmo o principal interesse subjacente à norma. A proibição de utilização destes meios de prova destina-se sobretudo, e antes de mais, a tutelar os bens jurídicos da imagem e da palavra, independentemente de estar em causa uma violação (simultânea) da privacidade.

O referido Acórdão faz, a nosso ver, uma coisa criticável – identificando que a proibição de utilização de vídeos (*in casu*, de videovigilância) se funda primordialmente na não ofensa da vida privada, a douda decisão conclui que, tendo sido as imagens captadas num local público, então a prova é imediatamente admitida. Não parece ter havido qualquer consideração pela existência de outros bens jurídicos igualmente violados. Igual caminho parece percorrer o **Ac. TRG de 19/05/2003** que, decidindo sobre a legalidade de fotogramas obtidos através de um sistema de videovigilância instalado numa caixa de multibanco, bastou-se com a afirmação de que os mesmos eram admissíveis pois não colocavam em causa a vida privada do arguido, esquecendo-se de que ainda assim a possibilidade de se ter violado o direito à imagem do visado merecia uma análise autónoma (mesmo que depois se concluísse que não tinha havido qualquer violação deste último).

Apesar do que aqui ficou dito, estes Acórdãos são casos pontuais e minoritários, uma vez que a restante jurisprudência tem vindo a separar corretamente a identificação e verificação da violação do direito à reserva da privacidade, por um lado, e a identificação e verificação da violação do direito à imagem ou à palavra, por outro<sup>94</sup>.

#### **2.2.2.1. O art. 199º do CP e a sua área de tutela típica**

A imagem e a palavra configuram-se como os bens jurídicos tutelados pela incriminação do art. 199º do CP, cabendo então de uma forma breve identificar o

<sup>94</sup> Assim Ac. TRP 23/11/2011, Ac. TRP 26/03/2008, Ac. TRE 28/06/2011 e Ac. TRL 28/05/2009; Ac. TRP 14/10/2009; Ac. TRP 03/02/2010; Ac. TRP 23/04/2008; Ac. TRP 23/10/2013; Ac. TRL 03/05/2006; Ac. TRL 15/02/1989; Ac. TRL 30/10/2008; Ac. TRE 13/11/2011; Ac. TRG de 29/03/2004 e, por fim, Ac. TRE 24/04/2012.

conteúdo dos respectivos direitos que estão na sua base.

O **direito à palavra** confere a possibilidade de dominar a quem pode chegar a nossa comunicação (tanto na perspectiva de decidir quem pode gravá-la ou quem pode, depois de dada essa autorização, utilizá-la). A comunicação por palavras operada através da nossa voz assume-se como uma das principais formas de desenvolvimento pessoal e social<sup>95</sup>, garantindo-nos que as mesmas se destinam apenas a ser proferidas e ouvidas num determinado momento, atendendo a um certo contexto<sup>96</sup>, sob pena de, em última instância, tudo o que por nós for dito poder vir a ser utilizado em contextos diferentes, alterando a própria essência do discurso originário. O uso arbitrário da palavra, fora de contexto em que foi proferida, levaria a que houvesse uma diminuição da confiança entre as pessoas, podendo em última análise estagnar o próprio processo comunicativo. A livre disponibilidade sobre a palavra, materializada através da voz como atributo da personalidade, e a garantia de que ela permanece apenas confinada a um determinado tempo, espaço e contexto por nós idealizado constitui o seu conteúdo típico<sup>97</sup>.

No que toca ao **direito à imagem**, o raciocínio será fundamentalmente o mesmo. Tal como a palavra, a nossa imagem constitui mais uma das manifestações da nossa personalidade, sobre a qual devemos ter todo o domínio possível<sup>98</sup>. Isto significa que cada um de nós deve decidir sobre a possibilidade ou não da sua própria exposição<sup>99</sup>.

Esta semelhança de tratamento não deve dar-nos a pista errada de que existe uma total sobreposição em relação às suas respetivas zonas de proteção. E isto porque no caso das gravações de voz a inexistência de consentimento implica logo

95 FARIA COSTA, “As telecomunicações...”, p. 147.

96 COSTA ANDRADE, “A tutela penal...”, p. 152, fala, no seguimento da doutrina e jurisprudência germânicas, de um direito à transitoriedade da palavra: “a pretensão e a convicção de que a palavra seja, por princípio, apenas ouvida no momento e no contexto em que é proferida”.

97 GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, Vol. I, p. 467.

98 COSTA ANDRADE, “Sobre a reforma...”, p. 494.

99 GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, p. 467.

a ilicitude da conduta, enquanto que no caso das fotografias ou filmes que captem a imagem de uma pessoa, basta apenas que não contrariem a sua vontade<sup>100</sup>, sendo que a escolha das diferentes expressões pelo legislador não foi acidental nem desprovida de significado<sup>101</sup>. Também neste contexto de descontinuidade entre as áreas de tutela reservadas à palavra e à imagem assume especial relevância o art. 79º, nº 2 do CC para o caso da imagem<sup>102</sup>, que prevê causas específicas de dispensa de consentimento da pessoa retratada que podem manifestar-se logo ao nível do tipo. Assim por força da sua maior exposição exterior<sup>103</sup>, a imagem acaba por ter um âmbito de tutela mais restrito do que aquele que é conferido à palavra<sup>104</sup>.

Dentro desta limitação, a proteção assegurada à palavra e à imagem não se faz de uma forma abrangente, no sentido de que visa toda e qualquer conduta lesiva como típica. Tanto a tutela da palavra como a da imagem estão vinculadas ou à utilização de gravadores para o primeiro caso, ou à utilização de processos técnicos de captação ou divulgação<sup>105</sup> para o segundo – uma manifestação da descontinuidade e fragmentariedade típicas do Direito Penal.

As condutas típicas em que se podem manifestar as agressões a estes bens jurídicos são essencialmente duas: **o ato de gravar ou fotografar** (art. 199º, nº 1, al. a) e nº 2, al. a)) e **a utilização** dessas gravações ou fotografias (art. 199º, nº 1, al. b) e nº 2, al. b)). Assim, gravar ou fotografar consiste no registo técnico das palavras ou da imagem num qualquer suporte (por exemplo, fita magnética, disco, cassete, câmara de filmar, etc.) tornando possível a sua posterior audição ou reprodução. A utilização consiste numa nova audição ou visualização das gravações de voz ou das imagens, seja, por exemplo, através da sua publicação nos

---

100 COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1185.

101 PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 536.

102 HUGO TAVARES, “A tutela penal...”, p. 201.

103 COSTA ANDRADE, “Sobre a reforma...”, p. 496.

104 HUGO TAVARES, “A tutela penal...”, p. 208.

105 COSTA ANDRADE, “A tutela penal...”, pronuncia-se, atualmente, pela extensão da proteção do direito à imagem a outras formas de atentado que não pressuponham a mediação necessária da máquina fotográfica, defendendo, para este direito, um novo paradigma normativo de compreensão e de tutela.

órgãos de comunicação social ou na internet ou da sua **utilização como prova em processo**. A propósito da utilização refira-se que a mesma continua a ser punida mesmo que a obtenção (seja pela pessoa que a utiliza, seja por terceiro) tenha sido atípica ou justificada (art. 199º, nº 1, al. b), parte final e nº 2, al. b), parte final). Este é um aspeto que consideramos essencial mas que será abordado com maior pormenor mais à frente. Por agora, interessa apenas reter que as duas condutas que preenchem a previsão do art. 199º do CP devem ser analisadas autonomamente, não se podendo dizer que se comunica a legitimidade na obtenção para a sua posterior utilização.

Quanto ao objeto da ação do crime, do lado das fotografias ilícitas temos a imagem física *da pessoa* (não abrangendo portanto espaços ou objetos, que de resto se se reportarem a contextos privados gozam da proteção do art. 192º, nº 1, al. b) do CP); do lado das gravações ilícitas temos a *palavra falada por outra pessoa* (excluindo-se todas as formas de comunicação não orais<sup>106</sup>) e *não destinada ao público*. O conteúdo das palavras é irrelevante, isto é tanto faz se o que foi gravado foi um diálogo completamente neutro ou banal ou se se trata de uma conversa relativa a algum crime<sup>107</sup>. Refira-se que se pode colocar a questão de sabermos que critério devemos utilizar para determinar se as palavras eram ou não destinadas ao público – atendendo a um critério objetivo como por exemplo o local onde as mesmas são proferidas ou apelando a um elemento subjetivo baseado na vontade querida pelo do autor das palavras? Tanto COSTA ANDRADE<sup>108</sup> como PINTO DE ALBUQUERQUE<sup>109</sup> consideram que a norma dá prevalência ao elemento subjetivo através da expressão *destinadas*<sup>110</sup>. Assim, palavras não destinadas ao públicos serão aquelas que *segundo a vontade de quem*

---

106 COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1203 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 536.

107 CONSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1204.

108 COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1205, referindo, embora, que o critério objetivo também deve servir de complementação.

109 PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 536.

110 Pelo contrário, o § 201, nº 1 do StGB refere *nichtöffentlich gesprochenes Wort*, ou seja, palavras não proferidas publicamente, parecendo estar aqui em causa a opção por um elemento mais objetivo.



*as profere, se destinam a círculos de pessoas individualizadas ou numericamente determinadas ou ligadas por vínculos recíprocos*<sup>111</sup>.

Tanto do lado das gravações como das fotografias consideradas ilícitas, a gravação ou captação tem de dizer respeito a *outra pessoa* (expressão utilizada tanto no n° 1, al. a) como no n° 2, al. a) do art. 199° do CP), estando excluída da sua área de tutela típica os casos em que as mesmas são feitas pelo próprio visado.

#### **2.2.2.1.1. A atipicidade de gravações ou fotografias feitas pelo autor das mesmas**

Se as palavras gravadas ou a imagem forem proferidas ou captadas pelo autor das mesmas, a conduta perde a sua relevância típica. Tratam-se de hipóteses que já foram tratadas pela jurisprudência<sup>112</sup>. No caso de **gravações de voz**, as hipóteses diziam respeito a mensagens de *voice mail* deixadas no telefone do ofendido que consubstanciavam um crime de ameaça (art. 153° CP), um crime de difamação (art. 180° CP) ou um crime de injúria (art. 181° CP). Todas as decisões mencionadas concluíram pela admissibilidade de o ofendido poder utilizar essas mesmas gravações como prova do(s) crime(s) em causa. E isto porque referem precisamente que o carácter voluntário da gravação não pode ser uma conduta subsumível ao art. 199° CP – assim, o **Ac. do TRL de 05/02/2003**, identifica corretamente que *o registo não resultou de qualquer iniciativa heteronómica dos poderes públicos ou de terceiros, mas de um ato da própria recorrente que, voluntariamente, pretendeu que a sua voz ficasse registada no sistema de gravação do telefone do marido da assistente*; também o **Ac. do TRP de**

---

111 COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1206. São por via disso consideradas públicas as palavras proferidas em reuniões de órgãos abertos ao público, em comícios políticos, conferências de imprensa, entrevistas de rádio ou de televisão, etc.; pelo contrário, não serão destinadas ao público palavras proferidas em reuniões à porta fechada ou de acesso condicionado, numa sala de aula, numa conversa entre amigos ou entre um funcionário ou agente da Administração Pública e um cidadão, etc.

112 Ac. TRP de 19/06/2002; Ac. TRP de 17/12/1997; Ac. TRL de 05/02/2003; Ac. TRE de 4/12/2001.

**19/06/2002** ressalta o facto de a gravação não ter sido efetuada *por iniciativa dos assistentes ou de terceiros. Foi o próprio arguido que ligou para o telemóvel dos assistentes e deixou aí gravadas, no voice mail, as mensagens que entendeu*<sup>113</sup>; igualmente o **Ac. do TRE de 4/12/2001** afasta o argumento da falta de consentimento de quem deixou as referidas mensagens, uma vez que foram proferidas com base na sua *livre e espontânea vontade e sem qualquer intervenção do assistente*, considerando que não houve intromissão do denunciante na vida privada ou domicílio da arguida, indo mais longe até ao ponto de afirmar que aconteceu exatamente o contrário – ou seja, as mensagens gravadas pela arguida no atendedor de chamadas do denunciante é que poderiam ser consideradas uma intromissão na sua vida privada ou nas suas telecomunicações. O **Ac. do TRP de 17/12/1997**, defendendo a mesma solução para um caso idêntico, faz uma analogia interessante considerando que *a gravação aqui funciona como uma mensagem dirigida pelo arguido ao ofendido, tal como acontece nos casos de uma carta escrita*, sendo que, neste último caso, nunca se questionaria a sua inadmissibilidade como meio de prova. Com efeito, quanto a estas situações específicas, concordamos em geral com o entendimento proferido pelas douts decisões. É inquestionável a nosso ver que o art. 199º, nº 1 do CP não visa proteger o autor das palavras nos casos em que foi ele próprio, de forma consciente e voluntária, a proceder à gravação das mesmas, tendo a perfeita noção de que elas estavam a ser gravadas. Ainda para mais, tendo em atenção que não existe qualquer ato ou intenção por parte de quem recebe a mensagem de voz de proceder à sua gravação, uma vez que a mesma ocorre de forma automática sem qualquer intervenção do titular do telefone.

Da mesma forma, do lado das **fotografias**, encontrámos **Ac. do TRE de 13/11/2011**, que tratou de se pronunciar sobre a admissibilidade como prova de um

---

<sup>113</sup> Apesar de neste Acórdão, a própria gravação em si não ter sido usada como meio de prova. Antes recorreu-se ao depoimento de testemunhas que, a pedido dos assistentes, tomaram conhecimento das mensagens gravadas e que transmitiram esse conhecimento ao tribunal.

conjunto de fotografias em que dois arguidos eram retratados em cenas de intimidade sexual com vários menores. A douta sentença contrariou a decisão do JIC do tribunal *a quo*<sup>114</sup> e admitiu o meio de prova em questão uma vez que as fotografias eram da autoria dos próprios arguidos e por isso não poderiam ser subsumíveis nem ao art. 192º nem ao art. 199º do CP.

A propósito desta questão nunca nos podemos esquecer que a incriminação em causa também pune a utilização das gravações/imagens, hipótese que se deve colocar autonomamente. No caso das gravações de voz, é verdade que os recetores das mensagens ofensivas não tiveram qualquer intervenção na sua recolha, o mesmo se passando para o caso das fotografias. No entanto, acontece que são terceiros e não os próprios autores a reproduzir posteriormente as gravações ou as imagens, apresentando-as como meios de prova, havendo que questionar se essa conduta não poderá ser subsumível às als. b) dos nºs. 1 e 2 do art. 199º do CP. E isso foi um raciocínio que não foi operado em nenhuma das decisões mencionadas.

Apesar dessa falha, cremos que nestes casos a utilização das gravações ou fotografias continua a não ser punida. E isto porque as als. b) dos nºs. 1 e 2 reportam-se às gravações ou fotografias referidas na *alínea anterior*. Ora, as ditas alíneas não incluem as gravações e fotografias realizadas pelo autor das mesmas na sua área de tutela típica e portanto não podem entrar em equacionação para se punir a sua utilização<sup>115</sup>.

---

114 O argumento utilizado pelo JIC para rejeitar a admissão foi o de que as fotografias consistiam na prática de um ilícito criminal, uma vez que não tinha havido qualquer consentimento de utilização das mesmas no processo por parte das vítimas do abuso sexual (nem de quem tinha poder para o dar em nome delas). Ou seja, o indiferimento do pedido nem sequer teve por base a tutela dos direitos à privacidade e à imagem dos suspeitos, mas sim dos menores visados – e precisamente por essa razão, a nosso ver, o meretíssimo JIC deveria ter chegado à conclusão oposta. É que, mesmo tendo sido fotografados contra sua vontade, para além das fotografias reproduzirem materialmente o crime em causa, não se deve presumir que a sua utilização em processo fosse contrária à sua vontade.

115 No mesmo sentido, MILENE MARTINS, *A admissibilidade...*, p. 63.

### 2.2.2.1.2. A redução teleológica de sentido vitimodogmático

Ainda a propósito da análise da tipicidade cabe perguntar se a norma deve ou não abranger a proteção da palavra ou imagem que materialize um crime. Isto é, será legítimo invocar, por parte de quem tenha sido gravado ou fotografado sem consentimento ou contra vontade, a proteção da incriminação nos casos em que o próprio estava a praticar um outro crime e portanto a colocar-se numa posição de desrepeito pela ordem jurídica, para depois vir beneficiar dessa proteção? É que os direitos fundamentais não são absolutos e não podem cobrir todas as formas e modos do seu exercício, possuindo limites que definem o que está ou não enquadrado dentro do seu âmbito de proteção – aquilo a que a doutrina chama de limites imanentes dos direitos fundamentais<sup>116</sup>. Assim, por exemplo, quando a CRP prevê o direito à palavra estará a querer estender essa sua proteção às situações em que o titular desse direito a utilize por forma a injuriar alguém? Certamente que não. É que se o objetivo da norma seria precisamente o de evitar a instrumentalização da palavra por parte de terceiros, a mesma regra poderia valer quando é o titular do direito a proceder ele próprio a essa mesma instrumentalização?

Com base na fundamentação da referida teoria, alguma jurisprudência tem defendido que a norma do art. 199º deve sofrer uma redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático, não se aplicando aos casos em que o próprio titular da palavra ou da imagem estaria a ter um comportamento ilícito ou, pelo menos, censurável<sup>117</sup>. Basta pensar-se, por exemplo, nos crimes de ameaça, injúria, extorsão, coação ou até mesmo corrupção em que a vítima dos mesmos procede à sua gravação para se defender<sup>118</sup>. Nestes casos ressalta-nos estranheza em admitir

---

116 VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 267.

117 COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1219.

118 KLAUS ROGALL, “A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha”, in 2.º Congresso de Investigação Criminal (coord.: Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Lisboa: Almedina, 2010, p. 127.

que aquele que se coloca numa posição atentatória das normas jurídicas e contrária ao Direito possa poder invocar posteriormente a sua proteção. Com base nestas considerações, tem sido *comum e consensual entre a doutrina e a jurisprudência*<sup>119</sup> defender que quem procedeu à gravação ou à fotografia não deva ver a sua conduta criminalizada. Ora, não sendo a sua conduta criminalizada, portanto lícita à luz do ordenamento jurídico, a jurisprudência admite estes meios de prova. A este propósito, refira-se a posição de PINTO DE ALBUQUERQUE que considera que podem ser valoradas como prova *as reproduções da materialidade da palavra criminosa, uma vez que o art. 26º, nº 1 da CRP não reconhece um direito à palavra criminosa, e, portanto, o direito penal (...) não protege a palavra criminosa, entendendo que pela mesma razão, o direito penal também não protege a materialidade da imagem do crime*<sup>120</sup>. No mesmo sentido, o **Ac. STJ de 28/09/2011** considera que *contrariamente ao defendido por alguma doutrina, entendemos que o comportamento ilícito do titular do direito à palavra e imagem no uso da mesma determina a perda da dignidade penal da ofensa do referido direito (...). A protecção acaba quando aquilo que se protege constitui a prática de um crime*; apesar de o **Ac. TRL de 03/05/2006** ter considerado nulas as provas obtidas através de uma câmara de vídeo colocada no local de trabalho do arguido, a mesma decisão tem uma declaração de voto vencido do Juiz Desembargador Mário Morgado dizendo que *a captação de imagem dirigida a provar factos ilícitos em locais públicos ou no local de trabalho deve considerar-se desprovida de tipicidade (aquele tipo criminal deve sofrer uma redução da área de tutela de sentido vitimodogmático)...*; igualmente o **Ac. TRE de 13/11/2011** defende que *no que se reporta à atipicidade, é pela via da redução teleológica do tipo, nomeadamente pela consideração que nos encontramos fora da área de proteção da norma penal (...) que pensamos encontrar resposta mais sustentada*.

Apesar de apelativa, esta tese não é livre de críticas. Denegar logo ao arguido a

119 COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, p. 255.

120 PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 463.

proteção primária conferida pela norma do art. 199º do CP – cuja ação típica se basta apenas e só com a captação ou utilização da imagem física da pessoa, inexistindo *qualquer referencial axiológico para essa captura/utilização*<sup>121</sup> – parece ser um raciocínio contrário não só à sua posição no processo, como também aos fundamentos político-criminais do direito penal, sendo que foi este último que os considerou como tendo a *mais inequívoca dignidade*<sup>122</sup>. Mas mesmo que se trate de uma pessoa cuja conduta manifeste uma oposição ao Direito, não seria defensável pensar que ela seja desmerecedora de todo e qualquer tipo de tutela – a isso o obriga não só o valor da dignidade humana como espírito interpretativo de todo o sistema, como a própria posição de superioridade ética do Direito.

Não queremos com isto defender que quem seja confrontando com este tipo de situações deva ser punido criminalmente. Se é verdade que temos bastantes reservas em aceitar a operatividade da redução teleológica do tipo, também não menos verdade é que a incriminação da conduta não se fica só pela análise dos elementos do tipo. Sobrará sempre espaço – e um espaço relevante – para a aplicação de causas de justificação que excluam a ilicitude, como a legítima defesa ou o direito de necessidade e que a nosso ver podem ter a vantagem de considerar outros circunstancialismos importantes que não têm lugar se se excluir logo a relevância da conduta ao nível do tipo (por exemplo, a posição em que se encontrava o particular que efetuou a gravação ou registou a imagem<sup>123</sup> – estava a defender-se de uma agressão ou, pelo contrário, estava simplesmente a arrogar-se ao papel de órgão investigatório com o fim de perseguir criminalmente o visado?).

---

121 SÉRGIO PENA, “Os produtos da videovigilância...”, p. 114.

122 COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, p. 257.

123 MILENE MARTINS, *A admissibilidade...*, p. 144.

### 2.2.2.1.3. A concordância e o acordo presumido

Por fim deve salientar-se que tratando-se de direitos cujos objetos concedem ao seu titular o seu domínio exclusivo, a concordância – seja o consentimento no caso das gravações, seja a vontade (presumida) nos casos das fotografias ou filmes – deve valer como um acordo que exclui a tipicidade. Isto significa que havendo acordo por parte do portador concreto<sup>124</sup> na gravação das suas palavras ou na captação da sua imagem e na sua utilização, a ilicitude deve ser excluída logo ao nível do tipo.

Se o acordo for expresso, não existem dúvidas de que o mesmo exclui a tipicidade da conduta; porém, aplica-se a mesma solução para o acordo presumido ou este último é antes uma causa de justificação que não opera logo ao nível do tipo? PINTO DE ALBUQUERQUE pronuncia-se pela primeira posição, considerando que *há acordo presumido quando o portador do bem jurídico sabe que as suas palavras estão a ser gravadas e não se opõe à gravação*, esclarecendo que o mesmo vale para a fotografia ou filmagem<sup>125</sup>. Pelo contrário, COSTA ANDRADE considera o acordo presumido como uma causa de justificação que exclui a ilicitude, mas não a tipicidade<sup>126</sup>.

Alguma jurisprudência também se tem manifestado pela licitude da obtenção de imagens de videovigilância por presumir a existência de consentimento nos casos em que existam avisos sobre a presença das câmaras ou existam outros comportamentos da parte do visado que permitam concluir que o mesmo sabia dessa existência. O **Ac. TRE de 28/06/2011**, a propósito da valoração processual de fotogramas provenientes de um sistema de videovigilância instalado por um particular à porta da entrada da sua habitação com vista a determinar quem seriam os autores do dano, decidiu da sua admissão uma vez que um dos filmados (a

124 Ou dos portadores concretos, nas hipóteses em que existam vários intervenientes na gravação. Neste último caso, consideramos que será necessária a existência de consentimento de todos eles para que se possa excluir a tipicidade. Contra, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 537.

125 PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 537.

126 COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1223.

testemunha) deu *a posteriori* o seu consentimento para a utilização da imagem; relativamente a outro dos filmados (o arguido), o tribunal entendeu que a recolha da sua imagem também não poderia ser ilícita uma vez que *dizem-nos as regras da experiência que não desconhecia a existência da câmara* visto que o mesmo havia exteriorizado a preocupação de usar um capuz precisamente para não ser reconhecido nas imagens; no mesmo sentido, **Ac. TRL de 04/03/2010** que argumenta que *o arguido viu as câmaras de filmar e, mesmo assim, não se absteve de praticar os factos (...) pelo que, pelo menos tacitamente, aceitou a captação das suas imagens*; também o **Ac. TRP de 03/02/2010** considera que *no caso em apreço, não é possível afirmar que a gravação da imagem do arguido foi efectuada contra a sua vontade, pois (...) no interior do estabelecimento em causa, existe um aviso escrito advertindo o público da existência de sistema de videovigilância*.

É claro que nos casos em que tais gravações ou fotografias, mesmo que lícitamente obtidas, sejam posteriormente utilizadas como prova em processo penal contra o visado, será lógica a conclusão de que dificilmente irá haver acordo no sentido de permitir a sua utilização – porque obviamente isso irá esbarrar contra os seus interesses processuais legítimos de defesa. Nesse sentido, teríamos de ultrapassar à mesma o problema do impedimento da utilização das gravações ou fotografias, independentemente de termos excluído a tipicidade ou a ilicitude no momento da sua obtenção com base no acordo presumido.



### **2.2.3. O segundo critério: "Haver justa causa na sua obtenção"**

#### **2.2.3.1. A via da ponderação de interesses conflitantes**

Afirmando-se como direitos fundamentais, os direitos à privacidade, à imagem e à palavra gozam do regime protetor do art. 18º da CRP. Por via disso, nos termos do seu nº 2, as restrições a estes direitos só podem operar *nos casos expressamente previstos na Constituição*. No entanto, tem sido o entendimento geral de que esta norma não proíbe de forma absoluta a possibilidade de restrição legal a direitos que não vêm na norma constitucional qualquer tipo de previsão a essa possibilidade. Não faria sentido invocar outra posição uma vez que os direitos em causa não existem isoladamente, mas antes num espaço de co-habitação com outros direitos ou interesses que beneficiam desse mesmo estatuto e que se afirmam como igualmente essenciais para a própria sobrevivência da comunidade humana. Essa realidade de convivência traduz-se não só num inevitável processo de modelação dos limites e do conteúdo que os direitos ou interesses em causa operam uns sobre os outros.

Com base nisso, e atendendo às específicas necessidades decorrentes da compatibilização de interesses que há de ocorrer ao nível da prova, alguma jurisprudência tem recorrido a esta possibilidade de restrição conferida pelo nº 2 do art. 18 da CRP para, depois de identificar um conflito de interesses, resolver o mesmo a favor da prevalência do direito à segurança ou dos interesses inerentes à exigência coletiva de uma justiça eficaz<sup>127</sup>, com base na análise do princípio da proporcionalidade.

Dando igualmente corpo a este entendimento, há muito que a jurisprudência e os autores alemães se têm manifestado em sentido semelhante, optando por esta via para resolver os problemas de utilização de gravações ou fotografias obtidas

---

<sup>127</sup> FIGUEIREDO DIAS, “Para uma reforma global do processo penal português”, in *Para uma Nova Justiça Penal* (AA. VV.), Coimbra: Almedina, 1983, p. 206.

por particulares. Assim, na determinação das provas que podem ser admitidas, a resolução da questão é fundamentada com base num princípio de ponderação de interesses, admitindo-se a desconsideração de direitos fundamentais afetados quando confrontados com as necessidades inerentes ao combate à criminalidade mais grave. No que concerne a provas trazidas ao processo penal por particulares, a sua inadmissibilidade não se encontra à partida vedada se a mesma passar pelo teste do princípio constitucional da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*)<sup>128</sup>. Ora, este princípio impõe que o julgador pondere a título casuístico e à luz das circunstâncias do caso concreto entre o direito à privacidade do ofendido e a importância da prova face à gravidade do crime em causa, por forma a concluir sobre a sua admissibilidade<sup>129</sup>. A realização da justiça penal afirma-se como um interesse primordial do *Rechtsstaat*, que em determinados casos concretos, pode implicar um sacrifício dos direitos fundamentais afetados. Bem patentes desta conclusão são as paradigmáticas decisões do *BverG* de 31/01/1973 (em que estava em causa a análise da admissibilidade de uma gravação efetuada por um particular, cujo conteúdo poderia provar um crime de fraude fiscal) e do *BGH* de 21/02/1964 (relativa à admissibilidade de um diário apreendido por um particular como meio de prova). Na primeira decisão, o TC identificou a existência de um conflito entre dois princípios constitucionais: por um lado, uma justiça eficaz (*einer wirksamen Rechtspflege*), que se afirma nos imperativos da aplicação eficaz da lei, na luta contra o crime, no interesse público da máxima determinação possível da verdade e na exigência da manutenção de uma justiça que funcione; por outro, o direito à palavra do visado. No caso, atendendo à pouca gravidade da incriminação, o TC acabou por não admitir a gravação. Note-se que a sua inadmissibilidade não ficou a dever-se à sua ilicitude face à lei penal, mas antes à valoração insuficiente do

---

128 Partindo do princípio de que não está em causa qualquer aspeto pertencente à esfera mais íntima do visado porque, em caso afirmativo, a jurisprudência e a doutrina alemãs não têm admitido qualquer tipo de ingerência nessa esfera.

129 CRAIG BRADLEY, “The Exclusionary Rule in Germany”, in *Harvard Law Review*, Vol. 96, n.º 5, mar. 1983, p. 1041.

interesse na investigação do crime. E o critério utilizado para aferir dessa valoração seria o da gravidade do delito em causa<sup>130</sup>.

Na segunda decisão referida, o BGH identificou, ao lado da privacidade do visado, o interesse do Estado na perseguição criminal (*das Interesse des Staates an der Strafverfolgung*), considerando que o propósito de investigar e punir infrações tem uma grande importância. No entanto, também neste caso apesar dessa afirmação, o BGH não aceitou o diário como meio de prova porque a gravidade da intromissão na esfera privada suplantava a menor gravidade do crime em causa. Independentemente de as duas decisões não terem admitido os referidos meios de prova, a verdade é que a afirmação do interesse punitivo do Estado, da própria eficácia da justiça e da necessidade de reação contra a criminalidade grave passaram a ser configurados como valores protegidos e cuja ponderação se tornou essencial para decidir sobre a admissibilidade da prova, mesmo que esta tenha tido por base a violação de uma norma penal ou de um direito fundamental constitucionalmente consagrado.

Num outro caso datado de 1989 e tratado pelo BGH, a aplicação desta solução também teve lugar utilizando especificamente o critério da gravidade do delito, desta vez já não para excluir a admissibilidade do meio de prova, mas antes para aceitá-lo. De forma sumária, o caso dizia respeito a uma conversa em que dois homens de negócios falavam sobre a provocação de um incêndio, sendo que um deles gravou, sem consentimento do outro, a referida conversa e apresentou a gravação às autoridades. O BGH não considerou que uma conversa de negócios pudesse pertencer à área mais nuclear e inviolável da esfera da intimidade. Por via disso, invocou o princípio da ponderação de interesses, reconhecendo que no caso concreto o interesse na investigação da verdade prevaleceria sobre a vida privada do visado por estar em causa um crime muito grave<sup>131</sup>.

---

130 MUÑOZ CONDE, “Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”, in *Revista Penal*, nº 14, 2004, p. 110.

131 CLAUS ROXIN, *Pasado, presente y futuro...*, pp. 107 e 108.

Antes de prosseguirmos para uma análise crítica sobre esta concepção, queremos deixar uma nota comparatística relacionada com a forma como estes casos seriam tratados de acordo com os princípios do direito norte-americano. Com efeito, também este último reconhece por via do seu labor jurisprudencial a existência da chamada *exclusionary rule*, que dá suporte à inadmissibilidade de provas obtidas com violação de preceitos constitucionais. No entanto, esta norma dirige-se unicamente aos órgãos policiais<sup>132</sup>. Como refere CRAIG BRADLEY, a questão essencial a colocar em matéria de prova à luz do direito norte-americano é a seguinte: *Did the police break the rules?*<sup>133</sup>. Em caso afirmativo a prova será imediatamente afastada, não havendo espaço para a aplicação do princípio da proporcionalidade de forma a que, por exemplo, se pudesse admitir a sua utilização em casos onde ocorresse apenas uma mera irregularidade nas regras de atuação exigidas à polícia, deixando aqui antever a ideia de alguma formalidade excessiva<sup>134</sup>. Só que do lado das provas obtidas por particulares, não existe qualquer tipo de limitação à sua obtenção. O que a solução norte-americana tem de excessivamente restritiva em relação às provas ilegalmente obtidas pela polícia, compensa num excesso permissivo de admissibilidade de todo o tipo de provas, e seja por que forma for, por parte dos particulares. Assim, nas decisões referidas – tanto quanto às gravações como quanto ao diário e bem assim em todas as decisões da nossa jurisprudência que temos vindo a mencionar – porque as provas em questão foram obtidas por particulares, as mesmas seriam imediatamente admitidas. Segundo CRAIG BRADLEY, *american courts (...) have applauded the use of this type of evidence because of its unusually high probative value*<sup>135</sup>.

Voltando à análise da aplicação do princípio da proporcionalidade como uma solução possível para fundamentar e admitir estas provas, podemos concluir que o

---

132 Assim, *Burdeau v. McDowell* de 01/06/1921 julgado pelo *U.S. Supreme Court*.

133 CRAIG BRADLEY, “The exclusionary rule...”, p. 1036.

134 CRAIG BRADLEY, “The exclusionary rule...”, p. 1065, ao ponderar sobre a aplicação, nos Estados Unidos, de um princípio semelhante ao que vigora na Alemanha, faz precisamente essa crítica.

135 CRAIG BRADLEY, “The exclusionary rule...”, p. 1047.

mesmo, operando numa base casuística voltada para as especificidades de cada caso em concreto, pondera qual o interesse específico que deve prevalecer – o interesse na realização da justiça, um dos corolários fundamentais do Estado de Direito, ou o interesse individual que necessite de uma proteção especial. Segundo ROGALL, esse processo de ponderação deverá ter em conta *o significado do interesse punitivo, a gravidade da violação legal, a dignidade de tutela e a carência de tutela do interesse lesado*<sup>136</sup>. Quanto à invocação do critério da gravidade do delito, pensamos que sobre ele podemos tecer desde logo alguns questionamentos. É que a utilização do mesmo como critério definidor da aceitação ou não destes meios de prova parece ser algo redutor. Assim como se definem as fronteiras entre o que é um delito grave e o que é um delito menos grave? Que limites da pena aplicável deveriam ser escolhidos – por exemplo, seriam delitos graves os crimes cuja pena prevista seria superior a cinco anos? E seria de considerar isoladamente a pena do crime em causa ou sempre num processo de comparação com o próprio crime dos arts. 199º ou 192º do CP<sup>137</sup>? Nenhuma destas respostas se encontra definida e inclusivamente podem-se levantar hipóteses difíceis de resolver se se admitir a utilização única deste critério. Assim basta pensarmos, por exemplo, nos crimes de difamação ou de injúria que, em função da pena, não fazem parte da criminalidade grave e cuja materialização é levada a cabo por palavras e onde a admissão de uma gravação que os comprovasse poderia ser decisiva, tendo em conta que de outro modo se tratam de crimes cuja prova seria mais difícil de se efetivar. Ora, as gravações não seriam valoradas precisamente em relação a crimes cuja prova ficaria bastante mais facilitada pela sua admissão.

Também é importante não aceitar imediatamente a elevação do interesse na realização da justiça, materializado pela função de perseguição criminal como merecedor de um lugar tão destacado e ao mesmo nível dos direitos fundamentais

---

136 *Apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, p. 33.

137 MUÑOZ CONDE, “Prueba prohibida...”, p. 110.

dos visados. Isto é, com o que se disse não se pretende negar a sua existência, nem muito menos a sua importância; contudo, na base deste entendimento encontra-se o pressuposto de que o interesse do Estado na perseguição criminal se afirma como um interesse constitucionalmente protegido, à semelhança dos direitos fundamentais e isso encontra-se por demonstrar. Não seria de aplicar aqui a lógica exatamente contrária? A imposição (e realização) de um Estado de Direito cuja construção histórica pode, entre outros fatores, ter-se ficado a dever a atuações excessivas e arbitrárias do poder público não implica precisamente uma certa contraposição com os interesses da perseguição criminal? A este propósito, GRÜNWALD escreve numa perspetiva bastante interessante que *o princípio do Estado de Direito representa um baluarte contra o qual esbarram os interesses da perseguição penal. Agora vem (...) a inserir o interesse da perseguição penal na própria muralha do princípio do Estado de Direito, sendo precisamente no interior desta muralha que ele será levado à ponderação com os direitos dos cidadãos arguidos*<sup>138</sup>. Uma certa generalização deste princípio orientador de ponderação poderia levar a uma mais fácil e normalizada aceitação de relativização das ofensas a direitos fundamentais, acabando por subverter a lógica do Estado de Direito.

Outra importante consideração a este respeito deve ser feita. É que a aplicação do raciocínio da ponderação de interesses teria de ser feita pelo intérprete aplicador da norma<sup>139</sup>. Ora, no caso destas matérias tão sensíveis poderíamos dizer que seria de prever que fosse o próprio legislador a proceder a essa ponderação<sup>140</sup>. Se assim não fosse, poderíamos defender que se estaria a deslocar (ou mesmo até a retirar) o papel de ponderação que cabe ao legislador para as mãos do intérprete aplicador<sup>141</sup>, correndo-se o risco de as soluções variarem ao sabor de concepções próprias e casuísticas numa matéria tão fundamental em que não seria à partida

138 *Apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, p. 35.

139 MILENE MARTINS, *A admissibilidade...*, p. 153.

140 CLAUS ROXIN, *Pasado...*, p. 87.

141 COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, p. 39.

possível admitir-se que não tenha havido uma prévia ponderação do legislador.

A propósito do princípio da ponderação de interesses poderíamos ser levados a fazer uma equiparação mais ou menos idêntica à que é feita no âmbito do direito de necessidade (art. 34º do CP) como causa de justificação, uma vez que o mesmo também tem na sua base essa mesma exigência de ponderação de interesses<sup>142</sup>. Cabe então perguntar se haveria alguma diferença na prática entre optar-se por uma solução ou por outra. Estamos em crer que sim, principalmente porque a atuação do direito de necessidade como causa de justificação também depende da existência de outros requisitos e de outras valorações que podem escapar se apelarmos apenas a uma simples ponderação de interesses. Raciocínio esse que carregaria em cima de si todas as críticas que deixámos *supra* apontadas. Assim a nosso ver, não podemos identificar imediatamente as duas coisas como sendo um só processo – embora o direito de necessidade englobe necessariamente uma ponderação de interesses conflitantes, não se restringe apenas a essa exigência, acabando por ser qualquer coisa *mais*. E esse *ser mais* pode trazer maior segurança ao intérprete aplicador. Daí que, à semelhança do que tem também acontecido com a jurisprudência majoritária, pensemos ser mais acertado procurar eventuais soluções de exclusão da ilicitude com base primariamente em causas de justificação legalmente previstas – sem prejuízo de na concreta análise dessas causas de justificação, ser sempre imprescindível recorrer ao princípio da proporcionalidade e aos critérios que lhe dão corpo.

#### **2.2.3.2. A via das causas de justificação**

A maior parte da jurisprudência que tem admitido a valoração deste tipo de provas tem fundamentado a exclusão da ilicitude das gravações ou fotografias com

---

142 MUÑOZ CONDE, “Prueba prohibida...”, p. 110.

base na invocação de tipos justificadores ao invés de preferir soluções mais radicais como a denegação da existência de um tipo incriminador. Naturalmente, na determinação da ilicitude de uma conduta não é apenas suficiente subsumi-la a um tipo incriminador; será necessário também averiguar sobre a existência de causas gerais que permitam excluir a ilicitude para posteriormente se concluir em definitivo sobre esse mesmo juízo<sup>143</sup>.

COSTA ANDRADE escreve que *foram já invocadas praticamente todas as causas clássicas de justificação*, concluindo pela existência, no panorama doutrinal, de um *desencontro de linguagem, conceitos e construções dogmáticas*<sup>144</sup>, tornando-se difícil encontrar autores que coincidam na categorização de casos típicos sob um mesmo instituto jurídico. Esta relativa confusão doutrinária resulta da falta de consenso sobre a aplicação dos pressupostos previstos para cada uma das causas de justificação e na dificuldade sentida na sua aplicação a novas realidades, a novas incriminações, em suma *a novas expressões de comportamento penalmente relevante*<sup>145</sup>. Isto levou a que alguns autores fossem construindo, ao lado das causas de justificação clássicas, outras que permitissem ultrapassar algumas dificuldades quanto à verificação de determinados pressupostos – como por exemplo, a chamada situação-de-quase-legítima-defesa ou *notwehrähnliche Lage*, proposta por LARENZ em 1967 precisamente a propósito do tema das gravações<sup>146</sup>.

COSTA ANDRADE manifesta-se no sentido de afastar estas novas causas de justificação, uma vez que se deve em primeiro lugar averiguar se estão esgotadas todas as potencialidades das causas de justificação clássicas<sup>147</sup>. Do nosso lado, concordamos com este entendimento fundamentalmente por razões de segurança jurídica.

---

143 FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte geral*, tomo I, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 384.

144 COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, p. 258.

145 COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1222.

146 COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, p. 258.

147 COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1222.



Sem prejuízo do aparente desentendimento sobre a categorização de situações concretas e da possibilidade da invocação de uma respetiva causa de justificação que reúna unanimidade, a verdade é que em termos práticos o efeito acabará por ser o mesmo. Justificando-se a ilicitude ou com base na legítima defesa ou no direito de necessidade, o resulta será um e só um – a sua exclusão. Assim, não vemos grande fertilidade argumentativa que se possa retirar de discussões deste tipo porque o que a nosso ver é essencial é que a interpretação dos respetivos pressupostos da causa de justificação escolhida seja legalmente adequada e fundamentada.

Se do lado doutrinário se instalou uma diversidade de opiniões, construções e tratamentos a dar a estas situações há que questionar se, da parte da jurisprudência nacional, a tendência é a mesma. Apesar de existirem confusões inegáveis no tratamento da matéria, quase todas as decisões acabam por invocar o art. 79º, nº 2 do CC como causa de exclusão da ilicitude (no caso do direito à imagem que é a violação paradigmática tratada pela nossa jurisprudência). Encontrámos alguns acórdãos que mencionaram a legítima defesa, o direito de necessidade ou as autorizações legais, mas o seu uso foi pontual. Notámos também que em algumas decisões houve a preocupação de explorar e demonstrar a possível aplicação de causas de justificação simultâneas, o que a nosso ver revela a potencialidade dos campos de intervenção destas causas de justificação (e a consequente diminuição do âmbito de tutela típica das incriminações penais em causa), e a necessidade de legitimar a todo o custo a aceitação destes meios de prova no processo.

De seguida iremos tecer algumas considerações sobre cada uma das causas de justificação potencialmente invocáveis. De notar ainda que apesar de o consentimento ser também uma das causas de exclusão da ilicitude (arts. 31º, nº 1, al. d) e art. 38º, ambos do CP), como já vimos a propósito da análise do âmbito de tutela da norma do art. 199º, o mesmo deve ser tratado como um acordo que exclui a tipicidade e portanto remetemos para aí as considerações que fizemos a

propósito dos problemas que se podem levantar quanto a esta causa específica.

A **legítima defesa** (art. 32º CP) é em abstrato uma causa de justificação cuja utilidade pode ser bastante relevante para a temática das gravações de voz não consentidas. Isto porque as mesmas podem afirmar-se como meios necessários para repelir uma agressão atual e ilícita de um interesse juridicamente protegido. Basta pensarmos no exemplo paradigmático dos crimes de coação (art. 154º CP) ou de extorsão (art. 223º CP) – por forma a defender-se da ameaça, a vítima procede à gravação do agente, seja com a finalidade de identificá-lo ou mesmo para recolher prova.

No entanto, há que avançar com cautela e nunca esquecer os requisitos específicos que possam fundamentar o recurso à legítima defesa. Logo à partida, o meio (a gravação) tem de ser necessário, isto é idóneo a evitar ou pôr fim à agressão. Assim se for possível à vítima recorrer à força pública, o requisito da necessidade fica afastado. Por outro lado, dentro dos meios idóneos, o escolhido deverá ser o menos gravoso para o agressor. Por fim, temos de estar perante uma agressão atual<sup>148</sup>. Quanto a este último requisito, COSTA ANDRADE considera que será de excluir a sua aplicação quando a comunicação esgota a agressão, como por exemplo no crime de injúrias ou em que com a gravação apenas se pretende prevenir um perigo futuro<sup>149</sup>. A este propósito coloca-se a questão de saber se se poderá admitir a legítima defesa preventiva<sup>150</sup>. Assim, se A sabendo com toda a certeza que B vai agredir C e se dirige ao local combinado com a câmara preparada para filmar tudo, não se pode argumentar que tenha agido em legítima defesa. E isto logo porque a ameaça pode ser evitada com o recurso às autoridades públicas. Claro que podemos discutir se o recurso às autoridades seria eficaz no

---

148 Segundo PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 146, a atualidade da agressão verifica-se quando ela está em curso ou está iminente. Iminente é a agressão que tenha alcançado o estágio dos atos de execução ou, sendo puníveis, dos atos preparatórios.

149 COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1224.

150 Admitindo que quando está em causa a preparação antecipada da defesa através de aparelhos automáticos relativamente a uma agressão eventual, a defesa é legítima do ponto de vista da atualidade, desde que no momento da defesa a agressão seja atual, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 413.

caso concreto de forma a afastar a agressão ilícita. É que se A se dirigisse à esquadra da polícia mais próxima e relatasse os planos de B, dificilmente os agentes da autoridade poderiam fazer alguma coisa visto que até onde soubessem B não tinha praticado qualquer ilícito. Se, por outro lado, A esperasse pelo início do confronto para chamar a polícia, aí a agressão já estaria a ser consumada, podendo a chegada das autoridades tornar-se inútil. A nosso ver, A poderia, para além de recorrer às autoridades públicas, ter à sua disposição outros meios idóneos para prevenir a agressão – poderia, por exemplo, convencer C a não comparecer no local ou intervir apenas na iminência do confronto, colocando-se em posição defensiva de forma a impedir a agressão. É que a utilidade de filmar o crime seria tão-só a de o poder provar posteriormente; não se vê como é que a filmagem poderia ajudar no momento concreto a repelir a agressão à integridade física de C. Seria mesmo até um pouco absurdo admitir-se que A estivesse por detrás da câmara a assistir impavidamente ao que quis evitar que acontecesse, quando poderia ao invés auxiliar C.

De todo o modo, a certeza sobre a inaplicabilidade da legítima defesa não prejudica a possível aplicação de outras causas de justificação, como por exemplo o **direito de necessidade** (defensivo<sup>151</sup>) - assim, o art. 34º do CP fala da possibilidade de *afastar um perigo atual* e já não uma *agressão atual*. No entanto, para além da óbvia adequação do meio utilizado, é ainda necessário que se cumpram cumulativamente os restantes requisitos das als. a), b) e c) para fundamentar a sua aplicação.

Especial atenção merece a al. b) que exige uma *sensível superioridade do interesse a salvar relativamente ao interesse sacrificado*, sendo que se trata de uma aplicação prevista na lei penal do princípio da ponderação de interesses conflitantes e que pensamos ser nesta sede que o mesmo deva ser preferencialmente equacionado. Uma vez que nos encontramos perante uma

151 PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 159: o agente reage ao abrigo de um estado de necessidade defensivo, caracterizado pela reação do agente contra um interesse jurídico do agressor ou causador da situação de perigo, quando não se verificarem todos os requisitos da legítima defesa.

hipótese de conflito entre interesses jurídicos distintos, a questão lógica a colocar será a de tentar perceber como deve ser o mesmo solucionado. A que critérios então devemos recorrer para determinar se no caso concreto existe ou não uma sensível superioridade do interesse a salvaguardar? À partida, poderíamos ser imediatamente levados a pensar no critério quantitativo da moldura penal prevista pela lei (o que nos remete para o critério da gravidade do delito da ponderação de interesses e para a crítica que lhe fizemos anteriormente) ou na tendente hierarquização entre bens jurídicos pessoais *versus* bens jurídicos patrimoniais, que costuma dar prevalência aos primeiros, para encontrarmos uma solução definitiva<sup>152</sup>. No entanto, temos de ter em atenção outros critérios complementares e igualmente relevantes (como, por exemplo, *a intensidade da lesão do bem jurídico, o grau de perigo e a autonomia pessoal do sacrificado*<sup>153</sup>), que resultem já não de uma conclusão que possamos retirar exclusivamente apoiada na lei, mas *conexionando (...) os critérios estritamente legais com outros de natureza ético-social, a que não se pode renunciar*<sup>154</sup>.

A nosso ver, mesmo que se possam apontar à partida algumas limitações aos casos em que a legítima defesa pode operar, e que por consequência possa deixar de abranger situações relevantes como os casos de perigo de repetição da agressão (em que falha o requisito da atualidade da agressão) ou de *estado de necessidade probatório*<sup>155</sup>, consideramos que as mesmas falhas podem ser corrigidas ao nível da aplicação do direito de necessidade, desde que cumpridos os seus requisitos. Consideramos que esta é uma causa de justificação de inegáveis virtualidades, com a capacidade de conceder soluções mais amplas, mas ainda dentro do sistema, com critérios objetivamente melhor demarcados do que o apelo a um simples juízo de ponderação de interesses, isolado de outras circunstâncias importantes que devem ser tidas em conta.

152 PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 159.

153 PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 159.

154 EDUARDO CORREIA *apud* PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 159.

155 COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1224.

Também pode ser invocada como causa de justificação a existência de **autorizações legais**, isto é, de casos expressamente contidos em leis onde estejam previstas possibilidades de atentados permitidos aos bens jurídicos pertinentes. Maior relevância para a nossa temática têm as autorizações legais que permitem o recurso à videovigilância ou estabelecem mesmo até a sua obrigatoriedade de utilização por entidades privadas. A principal finalidade que podemos encontrar na base da utilização destes sistemas prende-se com a proteção de pessoas e bens e a prevenção da prática de crimes<sup>156 157</sup>. Ora, essas finalidades não se identificam necessariamente com a possibilidade de aproveitamento das gravações assim obtidas<sup>158</sup>, precisamente porque a finalidade da instalação dos sistemas de videovigilância não está fundada na perseguição criminal do visado nem na sua posterior utilização como prova<sup>159</sup> – até porque visando a proteção de pessoas e bens e a prevenção da prática de crimes, os sistemas de videovigilância legalmente autorizados não têm por destinatários quaisquer pessoas concretas, mas antes toda e qualquer pessoa cuja imagem possa ser captada dentro do seu âmbito de incidência espacial<sup>160</sup>.

O problema é que muitas vezes os sistemas de videovigilância instalados

---

156 Arts. 1º, nº 1 e 31º, nº 1 da Lei n.º 34/2013.

157 Explique-se, ainda a este propósito, que de acordo com a Lei n.º 67/98, o fundamento de legitimidade para o tratamento de dados pessoais pode se encontrar, em abstrato, ou numa disposição legal ou no consentimento (nº 2 do art. 7º), na proteção de interesses vitais (al. a) do nº 3 do art. 7º) ou ainda no exercício e defesa de um direito em processo judicial (al. d) do nº 3 do art. 7º). Fora desses casos, e uma vez que, como refere a Deliberação n.º 61/2004 da CNPD, a grande maioria dos pedidos de notificação visam assegurar a proteção de pessoas e bens, há que encontrar, na referida lei, um outro fundamento legitimador. A CNPD tem encontrado esse fundamento na previsão do art. 8º, nº 2 da Lei n.º 67/98. Sendo que, nesse caso, e também nos casos em que o fundamento de legitimidade possa ser invocado com base no nº 2 do art. 7º, o art. 28º, nº 1, al. a) estabelece que esse tratamento carece sempre de autorização por parte da CNPN (e não de mera notificação). A este propósito, queremos deixar uma pequena nota de dúvida acerca da subsunção dos interesses de proteção de pessoas e bens e à prática de infrações criminais a esta norma. Com efeito, não conseguimos compreender muito bem o enquadramento que a CNPD parece querer fazer e não conseguimos ficar convencidos com a sua argumentação – vd. Delib. n.º 61/2004, concretamente pp. 12 e 13.

158 Ao contrário do que parece afirmar a CNPD na sua Delib. n.º 61/2004, englobando a obtenção de meios de prova “numa estratégia integrada que visa a proteção de pessoas e bens”.

159 Em sentido contrário, JOÃO CAIRES, “O registo de som...”, pp. 286 e 287.

160 SÉRGIO PENA, “Os produtos da videovigilância...”, pp. 86 e 87, fala em videovigilância em sentido próprio, excluindo do seu tratamento as situações em que este tipo de sistemas são utilizados intraprocessualmente e com imediata finalidade investigatória. No mesmo sentido, Ac. TC nº. 456/93.

acabam por captar pessoas individuais e concretas na prática de crimes e, embora não sendo essa a sua finalidade primordial, há que questionar acerca do seu eventual aproveitamento para fins processuais.

Nos casos em que a videovigilância se encontra legalmente prevista, pensamos ser muito difícil negar a sua admissibilidade como prova. E assim o é porque fundamentalmente não só é a própria lei a impor ou autorizar a sua utilização, mas porque tal permissão encerra à partida uma ponderação própria previamente efetuada pelo legislador que considerou aceitáveis, dentro dos moldes por ele permitidos, as restrições aos direitos potencialmente afetados. É que os ditos regimes legais não prevêm simplesmente a videovigilância em abstrato. Antes condicionam também a sua utilização a critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade – assim veja-se a redação do art. 31º, n.º 1 da Lei n.º 34/2013 ou a **Deliberação n.º 61/2004, de 19 de abril**, relativa aos princípios sobre o tratamento de dados por videovigilância proferida pela CNPD, entidade responsável por autorizar a instalação destes sistemas. Note-se que essa ponderação é sempre feita em concreto e atendendo às especificidades do pedido para o qual a videovigilância foi requerida.

Se no caso concreto esses critérios foram ponderados decidindo-se em sentido favorável à sua utilização, é dificilmente defensável não aceitar os produtos assim obtidos como meio de prova. Note-se que para além de os três critérios acima referidos, existem ainda outras imposições legais a cumprir (tanto nos regimes específicos, bem como no regime geral da Lei n.º 67/98). Refira-se por exemplo a obrigatoriedade de informação sobre a presença dos sistemas de videovigilância<sup>161</sup> (como concretização do art. 10º da Lei n.º 67/98, que prevê o direito à informação do titular dos dados). Trata-se de uma importante imposição no sentido de à partida poder considerar-se como um sinal legitimador para a invocação do acordo presumido para excluir a ilicitude do facto, pelo menos no momento da recolha. Já quanto ao momento da utilização, a exclusão da ilicitude pode igualmente

<sup>161</sup> Art. 31º, n.º 5 da Lei n.º 34/2013.

fundamentar-se numa autorização legal na medida em que, na maior parte das vezes, são os próprios regimes legais a estabelecerem a possibilidade (e as condições) de transmissão das gravações para efeitos de utilização no processo penal<sup>162</sup> - assim o n.º 4 do art. 31.º da Lei n.º 34/2013 prevê a proibição de cessão ou cópia das gravações obtidas, ressalvando que elas só podem ser utilizadas *nos termos da legislação processual penal*. Isto é, aqui é a própria lei a admitir que as gravações provenientes de sistemas de videovigilância que por ela tenham sido previstos ou autorizados possam servir como prova. Por via da existência de avisos informativos sobre a videovigilância, à partida ficam também arredadas argumentações que invoquem o carácter oculto ou enganoso das gravações no sentido da sua posterior inadmissibilidade como prova.

É claro que o grande problema coloca-se quando esses condicionalismos legalmente impostos não são cumpridos pelos particulares. Aí dificilmente poder-se-á invocar o fundamento da autorização legal como causa de exclusão da ilicitude. No entanto, não se pense que o que se acabou de escrever possa levar-nos à conclusão de que nesses casos as gravações obtidas não possam ser consideradas lícitas. Na senda de uma posição mais flexível que temos vindo a identificar, a jurisprudência maioritária tem admitido, ao contrário do que poderia ser suposto, a admissibilidade das imagens captadas como prova mesmo com a falta dessas condições. Fazem-no aqui já com base na invocação de outras causas de justificação. Antes de prosseguirmos, queremos deixar um levantamento dessas soluções bem como a forma argumentativa em que se concretizam.

Assim do lado da jurisprudência, o incumprimento dos requisitos legalmente previstos nos regimes habilitantes da videovigilância não tem sido considerado como um impedimento para admitir os produtos dela provenientes como meio de prova<sup>163</sup>, tendo a jurisprudência maioritária encontrado forma de justificar a

---

162 SÉRGIO PENA, “Os produtos da videovigilância...”, p. 104.

163 Mas já não do lado da doutrina. Assim, por exemplo, CATARINA SARMENTO E CASTRO, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 143.

licitude da conduta do particular através de outras vias<sup>164</sup>.

Não verificámos existir uma uniformidade absoluta na argumentação – isto é, as razões juridicamente atendíveis invocadas não foram sempre as mesmas – embora haja uma tendência maioritária para uma certa via argumentativa. Assim algumas decisões<sup>165</sup> fundamentam a admissibilidade de captações de imagem com base na inaplicabilidade do art. 43º, nº 1, al. a) da Lei n.º 67/98, que pune com pena de prisão até um ano ou multa até 120 dias quem omitir a notificação ou o pedido de autorização legalmente imposto pelos arts. 27º e 28º do mesmo diploma. E isto porque essa punição depende de um desrespeito intencional por parte de quem teria essa obrigação a seu cargo – desrespeito esse que acabou por nunca ficar provado nas decisões em causa. Tal incumprimento seria apenas uma conduta negligente; negligência essa que, por força do art. 37º do referido diploma, traduz a prática de uma mera contraordenação. Assim a conduta negligente não poderia ser reconduzida à exigência de ilicitude pressuposta pelo art. 167º, nº 1 do CPP.

Em tendência maioritária e ainda defendendo a mesma solução final de admissibilidade dos meios de prova, temos ainda outras decisões<sup>166</sup> que consideram que a ilicitude exigida pelo art. 167º, nº 1 do CPP deve reportar-se exclusivamente à análise sobre a violação dos tipos criminais previstos no CP reportados aos bens jurídicos privacidade, imagem ou palavra. Deste modo, consideram irrelevante para a definição da (i)licitude da conduta o incumprimento dos requisitos legalmente previstos nos diplomas pertinentes. A este propósito, refere o **Ac. TRL de 28/05/2009** que *a verificação da existência, ou não, de licença concedida pela CNPD para a colocação da(s) câmara(s) de videovigilância no prédio do assistente (...) poderá, eventualmente, integrar o desrespeito pela legislação de proteção de dados(...). Mas não define a licitude ou ilicitude penal da recolha ou utilização das imagens. É o art. 199º do CP que*

164 Em sentido contrário, Ac. TRP de 23/04/2008 ou o Ac. TRL de 30/10/2008.

165 Ac. TRP de 26/03/2008, Ac. TRP de 03/02/2010 ou Ac. TRL de 04/03/2010.

166 Assim: Ac. STJ de 28/09/2011, Ac. TRC de 26/01/2011, Ac. TRC de 10/11/2012, Ac. TRL de 28/05/2009, Ac. TRE de 24/04/2012 ou Ac. TRE de 28/06/2011.



*tipifica o crime de gravações ou fotografias ilícitas.*

Assim a partir desta construção que atende apenas aos ilícitos previstos no CP, e desconsiderando que nestes casos exista qualquer violação da privacidade, a licitude da conduta é aferida tendo exclusivamente por base o art. 199º do CP. A partir daí, o caminho a seguir será o de ou defender a atipicidade da conduta por via da redução teleológica do tipo ou de fundamentar a exclusão da ilicitude numa qualquer causa de justificação que possa ser invocada no caso.

Não nos parece de todo atendível excluir do âmbito de aplicação do art. 167º, nº 1 do CPP as normas penais constantes da Lei n.º 67/98. Para já recorrendo ao argumento literal – a referida norma processual fala em *lei penal*, não havendo à partida qualquer razão atendível que permita restringi-la apenas aos crimes previstos no CP. Tal restrição seria dificilmente aceitável tratando-se de um tema tão sensível e complexo como é o da validade *in casu* de reproduções mecânicas em que essa restrição resultaria num prejuízo para a defesa do arguido. Ao diminuir o número de incriminações potencialmente atendíveis que poderiam afastar a admissibilidade da prova (e, portanto, beneficiá-lo) estar-se-ia a aumentar proporcionalmente a zona de desproteção dos seus direitos. Finalmente porque a incriminação constante da Lei n.º 67/98, apesar de à partida não parecer, protege um bem jurídico igualmente fundamental – a autodeterminação informacional do art. 35º da CRP – e que a nosso ver possui a mesma dignidade de bens jurídicos como a imagem, a palavra ou a privacidade. Em conclusão, consideramos que a referida norma penal constante da Lei n.º 67/98 não devia, nem podia ter sido desconsiderada automaticamente pelas decisões mencionadas<sup>167</sup>.

Finalmente ainda a propósito das causas de justificação, tendo em atenção o princípio da unidade do ordenamento jurídico<sup>168</sup> plasmado no art. 31º, nº 1 do CP,

167 Igual posição assume SÉRGIO PENA, “Os produtos da videovigilância...”, p. 113, referindo que o afastamento das disposições penais da Lei n.º 67/98 deve ter lugar quando não se reúnam indícios que permitam concluir pela existência de um comportamento doloso.

168 Esclarecendo o significado deste princípio, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, vol. II, Reimp., Coimbra: Almedina, 2007, p. 7: “...sempre que uma conduta é, através de uma disposição do direito, imposta ou considerada como autorizada ou permitida, está excluída sem mais a possibilidade de, ao

assume grande importância o nº 2 do art. 79º do CC, uma norma que é frequentemente invocada pela *praxis* jurisprudencial para justificar a não punibilidade de quem procedeu à obtenção da imagem, admitindo assim a sua valoração como meio de prova. Os casos de exceção ao consentimento previstos no nº 2 do art. 79º do CC podem aparecer logo quer ao nível do tipo, quer só depois ao nível das causas de justificação. Assim, COSTA ANDRADE explica que nos casos em que **a imagem venha enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam ocorrido publicamente**, e bem assim nos casos em que o consentimento seja de dispensar pela **notoriedade ou cargo desempenhado**, a norma manifesta-se logo em sede de tipicidade porque reduz a área de tutela típica do direito à imagem.

A referência à captação de imagens enquadrada em *lugares públicos, factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente*, merece uma atenção especial. Com efeito, várias decisões da jurisprudência têm vindo a manifestar-se pela ilicitude da conduta daquele que procede a gravações de imagem em lugares públicos ou em relação a factos que hajam decorrido publicamente. Esta invocação vem a maior parte das vezes associada aos casos de captação de imagens por sistemas de videovigilância em que as devidas formalidades não tenham sido cumpridas, mas pode ser também invocável para casos em que tenha apenas sido usada pelo particular uma câmara de fotografar ou de filmar para registar um facto ocorrido publicamente.

A este propósito, consideramos que não basta unicamente que a imagem do visado seja captada num lugar público e ponto final – de resto, tal parece ser o espírito interpretativo simplista de alguma jurisprudência. É que o nº 2 do art. 79º do CC utiliza a expressão *vier enquadrada*, expressão que consideramos ser elucidativa sobre aquilo a que o preceito realmente se quer reportar. E isso a nosso ver diz respeito aos casos em que a imagem do retratado apareça integrada num conjunto mais amplo do ambiente envolvente, isto é, nunca individualizada e

mesmo tempo e com base num preceito penal, ser tida como antijurídica e punível".

difficilmente individualizável – na expressão acertada de COSTA ANDRADE, que a imagem do visado *se dissolva*<sup>169</sup> nos espaços ou eventos retratados. Assim em relação a casos em que se utilize uma câmara para filmar alguém em concreto, mesmo que num local público onde estejam a passar outras pessoas, pensamos ser muito difícil admitir logo a atipicidade da conduta. E ainda para mais quando a utilização dessa câmara se reporta a adquirir material probatório porque aí será acertada a conclusão de que a recolha da imagem se dirige a um sujeito individual. Para melhor ilustrar o que dissémos, imagine-se o seguinte caso – A, desconfiado que o seu vizinho B anda a riscar o seu carro, coloca-se de vigia na sua janela e com recurso a uma câmara apontada para a rua onde o mesmo se encontra estacionado começa a filmar B, por exemplo, a sair de casa, a ir ao lixo, a entrar novamente em casa, etc., esperando "apanhá-lo" a cometer o dano. Ora, se é verdade que a imagem de B se encontra reproduzida num lugar público ou diz respeito a um facto que haja decorrido publicamente, não menos verdade é que a mesma não se dissolve, não se mistura, não se integra nesse mesmo ambiente público – pelo contrário, a captação da sua imagem constitui uma individualização reportada à sua pessoa concreta. Naturalmente, isto não significa que não possamos equacionar a aplicação a este caso de uma causa de justificação como o direito de necessidade se os seus pressupostos estiverem reunidos; com o que fica dito, queremos apenas tão-só alertar para o perigo de conclusões precipitadas.

Mas o nº 2 do art. 79º do CC faz ainda referência à desnecessidade do consentimento quando assim o justifiquem *exigências de polícia ou de justiça* (e aqui já se trata de uma causa de exclusão da ilicitude<sup>170</sup>). O grande interesse da questão encontra-se na expressão *exigências de justiça*, que tem sido constantemente invocada como justa causa na obtenção de imagens. Com efeito o preceito parece querer reportar-se a casos em que as imagens captadas se destinem a cumprir finalidades relacionadas com a justiça – de que seria paradigmática a

---

169 COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1215.

170 COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1227.

sua utilização como prova no processo penal. Para alguma doutrina (e jurisprudência minoritária que segue essa posição e que já identificámos no início da dissertação), uma vez que o art. 167º, nº 1 do CPP representa a consagração positivada do legislador pela opção de não reconhecer à realização da justiça a prevalência necessária para justificar atentados à imagem e à palavra fora das normas previstas pelo próprio, torna-se imperioso clarificar como se faz a leitura do nº 2 do art. 79º do CC. Ora, os defensores deste entendimento explicam que deve ser feita uma interpretação restritiva da norma (apenas na parte que se reporta às exigências de justiça, se bem entendemos) no sentido em que ela não se deve aplicar no processo penal. E essa desaplicação seria motivada por duas razões: pela afirmação de prevalência das normas do processo penal sobre as normas civis e porque a resolução do conflito entre o direito afetado e o interesse na realização da justiça já foi previamente ponderada em favor do primeiro pelo próprio legislador, não cabendo essa tarefa ao intérprete aplicador. Isto significa que uma vez que a utilização da imagem no processo penal serve, pela natureza das coisas, para realizar fins a ele atinentes e subordinando o art. 167º, nº 1 do CPP a sua admissibilidade ao critério da licitude, então o recurso às exigências de justiça não seria um fundamento legítimo para tornar a imagem lícita. Esta referência às exigências de justiça dirigir-se-ia primordialmente para o campo do processo civil<sup>171</sup>, onde já seria possível admitir-se a produção e valoração não consentidas de gravações ou fotografias.

Contra esta tese tem-se invocado grande parte da jurisprudência. E o argumento essencial é o de que não se pode retirar nenhuma conclusão da norma do nº 1 do art. 167º do CPP sobre o que é considerado (i)lícito. A norma apenas manda atender à consideração genérica desse juízo para (eventualmente a nosso ver) admitir a prova, mas não define as condições específicas sobre a determinação da (i)licitude. Essa determinação só pode operar ao nível das normas penais. Assim o art. 167º, nº 1 do CPP teria a função de estabelecer um princípio

<sup>171</sup> COSTA ANDRADE, *Comentário...*, p. 1228.

de não utilização em processo de imagens ou gravações ilícitas; já a norma do nº 2 do art. 79º do CC operaria precisamente na delimitação dos casos e nas condições de determinação dessa ilicitude.

A nosso ver ambas as teses são passíveis de críticas, tornando-se difícil optar-se unitariamente por uma delas, uma vez que ambas têm pontos fracos e possuem explicações deficientes. Assim quanto à primeira tese é de perguntar se não será questionável a ideia de prevalência de uma ordem jurídica sobre a outra – e isto tanto nos casos de confronto entre normas de processo penal *versus* normas civis, como nos casos de confronto entre normas de processo penal e normas penais. Depois porque a aplicação desta tese poderia levar-nos, em última instância, a questionar sobre a verdadeira utilidade do art. 167º, nº 1 do CPP. Isto porque mesmo que aplicássemos causas de exclusão do tipo ou da ilicitude para legitimar a conduta ao nível da recolha, a sua valoração estaria sempre vedada porque a utilização seria sempre ilícita, precisamente porque esse desvalor é retirado da interpretação de prevalência dos direitos de personalidade do visado que é dada à norma processual. Não podemos concordar com esta interpretação.

Mas não menos passível de crítica é a tese da jurisprudência. A invocação das exigências de justiça como causa de justificação poderia, em última análise, levar a que se considerasse sempre lícita a utilização das imagens no processo penal, esvaziando o conteúdo do art. 167º, nº 1 do CPP. Bastaria ao tribunal invocar exigências de justiça para aceitá-la em todos os casos.

A nosso ver uma pista essencial para encontrar a resolução do problema será a de negar a aplicação automática desta causa de justificação. Da mesma forma que para a aplicação da legítima defesa ou do direito de necessidade certos pressupostos devem estar reunidos, o mesmo terá de ocorrer aqui. Terá de se fazer necessariamente uma ponderação autónoma, a realizar pela instância judicial responsável por receber a prova, em que se averigue se a utilização da imagem é mesmo necessária ou indispensável à decisão do caso – atendendo a fatores como

a existência de outros meios de prova que possam igualmente comprovar o facto – e demonstrando que a compressão da tutela dispensada aos direitos fundamentais afetados se mostra como razoável e proporcional – atendendo, por exemplo, à posição que estava o particular no momento da gravação ou registo fotográfico. No fundo e em suma, defendemos que as exigências de justiça devem ser interpretadas dentro das exigências específicas do princípio da proporcionalidade e não serem aplicadas sem mais, desprovidas de um qualquer concreto enquadramento valorativo.

### **2.3. Os equívocos da jurisprudência majoritária**

Depois de termos feito uma excursão pelas justas causas que costumam ser invocadas pela jurisprudência para admitir estas provas, queremos agora para encerrar o capítulo, deixar duas críticas que a nosso ver são essenciais para se compreender com algum grau de precisão a complexidade das questões que nesta sede podem surgir. Assim, e sem prejuízo de críticas pontuais que temos vindo a fazer ao longo da dissertação, na nossa opinião existem duas questões que não têm sido colocadas nem ponderadas nos seus devidos termos, resultando em dois equívocos que limitam e enfraquecem as soluções a que se chegaram, podendo levar-nos a questionar sobre o verdadeiro valor das decisões tomadas, questionamento esse que deixaremos também a cargo do leitor para reflexão.

O primeiro equívoco diz respeito à constante omissão de análise da (i)licitude da conduta ao nível da utilização – é que seguindo a consagração da tese dualista do art. 199º do CP, não só é punida criminalmente a obtenção de gravações ou fotografias sem consentimento ou contra vontade, mas também o é a sua utilização, sendo certo que o ato de as apresentar em sede processual pode configurar tipicamente uma conduta reportada a essa mesma utilização. E dizemos constante omissão com alguma propriedade, visto que das decisões que lemos e

analisamos, apenas duas delas fazem referência ao momento da utilização<sup>172</sup>. Consideramos que a jurisprudência procede, na esmagadora maioria dos casos, a uma análise incompleta da questão porque basta-se apenas com a verificação de uma causa de justificação que opere no momento da recolha para concluir logo pela admissibilidade da prova.

Pode-se afirmar que a utilização, em processo de gravações ou fotografias obtidas sem consentimento ou contra vontade se pode configurar como um novo ilícito. Isto na medida em que através da audição ou da visualização das mesmas, os bens jurídicos penalmente tutelados podem voltar a ser atingidos e a sofrer uma nova violação<sup>173</sup>. Assim a nosso ver é inadmissível que se passe constantemente por cima desta questão ou que se possa afirmar que ela deva ter, sem mais, a mesma conclusão previamente alcançada quanto à análise do momento da recolha ou da sua obtenção. Como muito bem esclarece o **Ac. TRE de 24/04/2012**, a propósito da dualidade de condutas incrimináveis no art. 199º do CP, *elas não se sujeitam a regimes idênticos*, merecendo análises e ponderações separadas. Até porque, ao que se julga, eventuais causas de justificação que possam ser legitimamente invocadas para o momento da captação ou recolha das imagens ou das gravações podem não subsistir no momento da utilização. Nestes termos, pensamos ser necessário proceder-se a um raciocínio que possa ser construído em duas etapas sucessivas e obrigatórias – a análise original sobre a recolha das imagens ou das gravações e posteriormente uma nova análise da ilicitude à luz da sua utilização no processo<sup>174</sup>. Manifestamos assim a nossa inteira concordância com as duas decisões acima mencionadas que propõem precisamente este *iter* a percorrer e que nos parece ser o mais acertado. E parece-nos ser o mais acertado não só do ponto de vista da incriminação dual do art. 199º do CP, mas também do ponto de vista de sentido lógico das soluções, uma vez que cremos estar perante

172 São elas os Acs. do TRL de 28/05/2009 e do TRE de 24/04/2012.

173 SÉRGIO PENA, “Os produtos da videovigilância...”, p. 115. Em sentido contrário, MILENE MARTINS, *A admissibilidade...*, p. 145.

174 Da mesma forma, MILENE MARTINS, *A admissibilidade...*, pp. 49 e 50.

dois momentos distintos que exigem ponderações igualmente distintas. E isto mesmo que se chegue à conclusão que a utilização também é lícita ou que as razões justificadoras determinantes da recolha também podem ser aplicadas ao momento da utilização.

Como temos vindo a ver, e descontando a posição daqueles que propugnam logo por uma redução teleológica do tipo, a maior parte da jurisprudência recorre a uma justa causa legal para excluir a ilicitude da conduta. Ora, essa justa causa é invocada primordialmente para excluir a ilicitude do facto reportado apenas ao momento da obtenção da gravação ou da imagem. Face à crítica que deixámos exposta *supra*, e na defesa expressa da necessidade de se proceder a uma nova averiguação acerca da ilicitude da conduta reportada ao momento da sua utilização, importa tentar compreender se e em que medida estas tais justas causas que têm vindo a ser identificadas podem também aplicar-se ou comunicar-se ao momento da utilização. Já sabemos que a licitude da recolha em nada influi, à luz do art. 199º do CP, no juízo a fazer-se sobre a utilização, uma vez que esta consubstancia uma conduta típica igualmente autónoma. À partida, também não será difícil compreender que eventuais justas causas que se verificam no momento da recolha podem não subsistir no momento da utilização. Podemos assim concluir que gravações ou imagens licitamente obtidas podem não ser licitamente utilizadas e opostamente gravações ou imagens ilícitas podem vir a ser utilizadas. Essa análise resultará sempre da verificação dos factos concretos e dos requisitos gerais das causas de justificação que se pretendam aplicar. Não queremos no entanto deixar que o nosso caminho fique por aqui porque não pensamos ser suficiente remeter o intérprete aplicador para uma análise desacompanhada das condições de aplicação das causas de justificação, para o momento da utilização, sem lhe deixar qualquer tipo de pistas concretizadoras.

Assim pensemos, por exemplo, no caso da invocação do critério de ponderação de interesses e que tem por base o pressuposto essencial da existência



de um conflito de direitos fundamentais. Vimos que tem havido uma tendência para resolver esse conflito a favor dos habitualmente invocados direitos à segurança, à propriedade ou à integridade física das pessoas quando confrontados com os direitos à imagem, à palavra ou à privacidade do visado. Seguindo então o nosso raciocínio de nova análise da questão da (i)licitude à luz da incriminação da utilização, poderíamos sem mais voltar a invocar razões atinentes a uma nova ponderação de conflitos que deva ser resolvida a favor dos direitos à segurança, à propriedade ou à integridade física? Não nos parece ser esse o caso. É que no momento em que se decide sobre o juízo de licitude da utilização de tais imagens em processo penal, não existe um conflito com os direitos acima identificados. Poderia existir, é certo, no momento da recolha; mas não no momento da utilização porque esses direitos já foram previamente violados. Assim, a utilização das imagens de câmaras ou sistemas de videovigilância em sede processual não tem como função proteger a propriedade, a vida ou integridade física ou a segurança das pessoas<sup>175</sup>. A sua utilização visa antes garantir que a ordem jurídica manifeste uma reação a essas mesmas violações, encabeçada no interesse da perseguição criminal dos agentes envolvidos e da realização efetiva da justiça. Só nestes últimos termos é que se poderá descortinar aqui um possível conflito entre direitos fundamentais<sup>176</sup>. O conflito poderá, isso sim, ser equacionado ao nível da ponderação entre os direitos à imagem, à palavra ou à intimidade e os interesses de realização da justiça, com todas as limitações e críticas que já tivemos oportunidade de deixar escritas quando nos pronunciámos acerca da invocação desse critério.

Também ao nível das causas de justificação legalmente previstas, a diferença de juízos valorativos que podem presidir ao momento da recolha e ao momento da utilização pode ser colocada a descoberto. Assim por exemplo, se pensarmos no requisito da atualidade da agressão ou do perigo, intuímos que podemos ter aqui

175 Em sentido contrário, MILENE MARTINS, *A admissibilidade...*, p. 115.

176 Ac. TRE de 24/04/2012.

um novo problema a solucionar. E isto porque será difícil conceber que no momento da utilização das imagens ou das gravações obtidas a coberto de uma dessas causas de justificação, subsista o requisito da atualidade<sup>177</sup>. Com efeito, se a gravação ou a imagem foi recolhida com o objetivo de afastar uma agressão ou um perigo e se, por via dessa mesma atuação, este acaba por cessar, de que forma poderemos voltar a invocar essa causa de justificação para legitimar a sua utilização como prova em processo apenas para perseguir criminalmente o visado que não mais voltou a cometer qualquer ilícito? No entanto, consideramos que também podemos perspetivar o problema do lado contrário. Isto é, se a ordem jurídica reconheceu previamente legitimidade no processo de obtenção, não seria incongruente querer depois punir os agentes que utilizassem essas gravações ou imagens? É que a sua utilização, em muitos casos, poderá ser a única forma efetiva de tutelar os seus direitos ameaçados. Como resposta, poderíamos apelar a um estado de necessidade probatório cujo fundamento teria por base a afirmação de que *a tutela efetiva do direito do particular, que viu justificada a sua atuação no quadro do estado de necessidade (no contexto primário da captação), exigir, para ser consequente, que a imagem que obteve possa ser depois efetivamente utilizada*<sup>178</sup>. No seguimento desta ideia, SÉRGIO PENA defende uma interpretação restritiva do art. 199º, nº 2, al. b) do CP, considerando que a sua parte final – *mesmo que lícitamente obtidos* – não deve ser aplicável para efeitos do disposto no art. 167º, nº 1 do CPP por estar inserido *no contexto de uma avaliação e valoração prévia, num concreto processo-crime, da licitude da captação/gravação de registos videográficos de imagens, já pré-determinada*<sup>179</sup>.

Neste contexto, não nos podemos também esquecer de fazer referência às exigências de justiça do nº 2 do art. 79º do CC como possível causa de justificação

177 Não nos esqueçamos das referências que podem ser feitas, a este propósito, às situações de quase legítima defesa ou então a interpretações mais extensivas, no contexto do direito de necessidade, que permitam identificar o conceito de perigo atual com um perigo concreto de reiteração dos atos lesivos dos direitos da vítima (por exemplo, da propriedade).

178 SÉRGIO PENA, “Os produtos da videovigilância...”, p. 115.

179 SÉRGIO PENA, “Os produtos da videovigilância...”, p. 116.

que pode operar precisamente no momento da utilização das imagens e que, a ser interpretada da forma que propusémos, também pode ter relevância.

Aproveitando a referência feita a esta norma, podemos agora também introduzir aquele que consideramos ser um outro equívoco levado a cabo pela jurisprudência. O mesmo prende-se com o âmbito de aplicação do art. 79º do CC e com a determinação das condutas específicas que nele se encontram vedadas. É que da leitura do seu n.º 1 resulta apenas a proibição de exposição, reprodução ou lançamento no comércio do retrato da pessoa, o que parece apontar para a ilicitude da conduta reportar-se apenas à sua utilização, não prevendo nenhuma sanção para o ato (prévio) da captação da imagem<sup>180</sup>. E pergunta-se qual é que pode aqui ser o equívoco? Se considerarmos que o art. 79º do CC se reporta apenas à utilização da imagem, então a consequente invocação das justificativas do seu n.º 2 só pode operar no momento em que estivermos a averiguar se foi ou não violado o disposto na al. b) do n.º 2 do art. 199º do CP – que, como acabámos de criticar, é um passo que raramente é dado nas doudas decisões que lemos. Isto é, ficaria vedada a invocação, por exemplo, das exigências de justiça como causa de justificação no momento da recolha. E isto levantaria um sério problema quanto à construção das soluções que têm sido invocadas pela jurisprudência a este propósito e recorrendo a esta norma, uma vez que na sua formulação, a maior parte das vezes, a existência de justa causa é averiguada exclusivamente no momento da obtenção. Ora, tal significaria invocar uma causa de justificação para a obtenção que só poderia entrar em ação no campo da utilização.

Apesar de a formulação literal da norma civil se reportar apenas à utilização sem consentimento do retrato, é possível encontrar posições contrárias na doutrina. Desde logo, CAPELO DE SOUSA defende que o art. 79º, n.º 1 do CC também

---

180 Assim, no Parecer n.º 95/2003 da PGR defende-se que “... atenta a letra da lei, o ordenamento juscivilista apenas considera ilegítima a exposição, reprodução ou comercialização do retrato, mas não a simples fixação da imagem num retrato”. No mesmo sentido, SÉRGIO PENA, “Os produtos da videovigilância...”, p. 116. Também o Ac. TRE de 24/04/2012 acolhe esta interpretação.

proíbe a mera captação do retrato<sup>181</sup>; no mesmo sentido pronuncia-se HUGO TAVARES<sup>182</sup>. Pensamos que no essencial as mesmas razões determinantes de proibição da utilização e da divulgação podem ser também pensadas para a mera captação (tal como acontece ao nível da incriminação penal), por isso até podemos admitir esta posição. O que nos preocupa é a falta de referência ao problema, com a louvável exceção do **Ac. TRE de 24/04/2012**. Das duas uma, ou já é um pressuposto sedimentado que esta norma se reporta também à captação e por isso a desnecessidade da sua afirmação constante, ou então, num frenético fulgor de consideração da norma do nº 2 do art. 79º do CC como uma verdadeira cláusula geral permissiva, o problema foi esquecido.

Com tudo o que ficou dito, queremos deixar uma nota final em forma conclusiva. Apesar de podermos admitir uma flexibilização no que toca à aceitação destes meios de prova, consideramos que a mesma não se tem erguido em bases relativamente sólidas e seguras que tenham permitido deixar a descoberto a clareza dos raciocínios e das posições adotadas. Desconsiderando a justeza das soluções a que se chegaram e dos resultados alcançados pelas duntas decisões, denotámos alguma falta de rigor e até um certo tratamento apressado desta temática. Não querendo ter a pretensão de assumir intenções alheias, parecem-nos que este tratamento menos exigente funda-se na necessidade sentida pelos tribunais em aceitarem estes meios de prova, uma vez que possuem a virtualidade não só de facilitar bastante a prova, como também de determinar uma solução que espelhe a verdade dos factos. Essa aceitação poderia ser posta em causa a partir do momento em que se questionasse e problematizasse mais a fundo, numa ideia de que quanto mais se “cavasse”, mais inconsistências e problemas seriam encontrados, acabando por colocar empecilhos à sua utilização. Só que a nosso ver o efeito de um tratamento mais rigoroso, desenvolvido e aprofundado poderia ter a função precisamente oposta – a de implementar uma via definitiva de admissão

181 CAPELO DE SOUSA, *O direito geral...*, p. 246.

182 HUGO TAVARES, “A tutela penal...”, p. 209.

destes meios de prova com base numa argumentação que, pelo menos, ao identificar corretamente todos os problemas em conflito, solidificasse a argumentação invocada.

### **3. A exclusão da ilicitude penal e consequente admissão da prova: da sua pretensa inseparabilidade**

Logo no início da presente investigação, começámos por identificar a relevância do art. 167º, nº 1 do CPP, que se manifesta na remissão de funcionamento da lei penal substantiva como critério para admitir a valoração processual destas reproduções mecânicas. De forma a flexibilizar a aceitação destes meios de prova, a jurisprudência tem trilhado um caminho de busca constante por razões juridicamente atendíveis que possam fundamentar a inoperatividade das incriminações penais que identificámos como mais relevantes. As formas e critérios como esse desbravamento tem sido feito foram sendo deixadas a descoberto ao longo da dissertação, bem como as possíveis críticas que a elas podemos apontar.

Neste último capítulo propomo-nos também nós tentarmos um pequeno desbravamento de um outro caminho inexplorado e incerto. Caminho esse que será trilhado nesta reta final com base no questionamento do dogma da aceitação acrítica de ligação automática entre os dois momentos que presidem à análise do problema – a licitude da conduta por um lado, e a sua admissibilidade no processo como consequência, por outro. Por se tratar de um problema praticamente inexplorado e cujo avanço terá de ser inseguro, não será o nosso objetivo chegar a soluções absolutas ou respostas concretas. Queremos apenas dar um passo no sentido de tentar introduzir e enraizar a questão e de ajudar a uma reflexão mais profunda a todos aqueles que se debruçam sobre o problema, motivando a busca de futuras soluções mais completas.

Podemos assim dizer que o reconhecimento da ligação indissociável entre a aferição da (i)licitude da conduta do particular e da posterior valoração como prova do material obtido tem sido um dogma intocável quer para a generalidade da doutrina, quer para a jurisprudência que se manifesta sobre o tema. E, a nosso ver, tendo em conta a própria formulação do art. 167º, nº 1 do CPP será muito difícil

ultrapassá-lo, pois que temos como certo que o ponto de partida do problema terá de passar sempre pela análise da conduta à luz das incriminações em causa. Assim parece estar aqui concretizada a ideia de prevalência do direito penal substantivo sobre o direito processual penal. Com isto, parece negar-se algum grau de autonomia normativa e valorativa que deveria de existir no campo do processo penal. Contudo, não queremos dizer que estas duas áreas devam ser totalmente autónomas uma da outra – é que nunca nos podemos esquecer que a ordem jurídica é uma só e apesar de presidir e tutelar diferentes valores em diferentes áreas, deve evitar entrar em contradições sob pena de perder o seu reconhecimento e a sua eficácia. Contradições essas que serão levadas a um nível pouco suportável quando esteja em causa o confronto com os aspetos mais essenciais e básicos definidos pelas sociedades humanas, que são espelhados precisamente no direito penal. É que se em outros ramos do ordenamento jurídico essa separação e autonomia pode ser mais facilmente visualizada e portanto eventuais contradições mais facilmente ultrapassáveis, tal raciocínio torna-se mais difícil quando entram em jogo as valorações específicas do direito penal.

No entanto, apesar do que fica aqui dito, não nos devemos impedir de tentar tecer alguns comentários sobre as conclusões que se têm retirado acerca dessa prevalência e dessa ligação aparentemente absolutas entre estes dois ramos do Direito.

Com efeito, é importante pelo menos questionar se de facto existe mesmo essa tal prevalência do direito penal substantivo sobre outros ordenamentos jurídicos, especialmente o processual penal. É que muitas vezes as soluções próprias que se encontram para os problemas que se manifestam em cada uma dessas áreas resultam, ou podem resultar, do recurso a valorações próprias da outra área<sup>183</sup>, colocando assim em causa uma eventual ideia de prevalência, porque se ela realmente existisse então não haveria necessidade de se recorrer a soluções de um ordenamento jurídico que lhe fosse inferior. A esse propósito, igualmente

<sup>183</sup> COSTA ANDRADE, “Sobre a valoração...”, p. 570 .

questionando o primado das normas do direito penal substantivo sobre as normas processuais penais, COSTA ANDRADE defende antes *um modelo de interpenetração, aberto às reais relações de influência e co-determinação recíprocas*<sup>184</sup>.

Para além deste problema específico da prevalência das normas penais sobre as normas processuais, podemos ainda apontar um outro que se prende com a aparente igualdade e coerência dos juízos valorativos que são feitos dentro de cada uma dessas áreas. À partida poderíamos ser levados a pensar que sempre que haja um juízo de (i)licitude sobre uma determinada conduta, operado ao nível substantivo, esse mesmo juízo manter-se-ia no âmbito do processo penal. Assim, por se tratar da área que mais conflitua com estes juízos, a temática da prova poderia manifestar essa aparente continuidade e congruência – isto é, tudo o que fosse lícito ao nível penal, seria admitido como prova; já para não ser admitido como prova, teria de haver um qualquer comportamento ilícito, previsto e punido pela lei penal, na base da sua obtenção. E dizemos aparente continuidade porque de facto ela parece não existir de forma absoluta<sup>185</sup>. Pois como esclarece COSTA ANDRADE, *se há proibições de prova que não têm atrás de si qualquer ilícito, não deixam, inversamente, de abundar manifestações de ilícito penal que não se prolongam em proibições de prova*<sup>186</sup>.

Do que aqui ficou dito poderíamos ser levados a tirar uma rápida conclusão – a de que esta descontinuidade entre os dois ordenamentos jurídicos poderia admitir que se utilizasse uma prova ilicitamente obtida<sup>187</sup>. Em tese, essa poderia configurar-se como uma solução possível para o problema. Assim independentemente de se responsabilizar criminalmente quem obtivesse ou

---

184 COSTA ANDRADE, “Sobre a valoração...”, p. 570.

185 Levantando também essa possibilidade, SUSANA AIRES DE SOUSA, “Agent provocateur e meios enganosos de prova”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (org.: Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes), Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1235.

186 COSTA ANDRADE, “Sobre a valoração...”, p. 570.

187 SUSANA AIRES DE SOUSA, “Agent provocateur...”, p. 1535.



utilizasse a prova de forma ilícita, a mesma poderia ser admitida no processo penal, pois que este ordenamento jurídico poderia desligar-se dessas valorações operadas pelo direito penal e que seriam resolvidas exclusivamente em sua sede própria, não se comunicando ao processo em causa<sup>188</sup>. Esta solução parece ser tentadora, mas acaba por ser dificilmente configurável com o entendimento da ação unitária ética e moral de um Estado de Direito. É que o direito penal confere tutela aos bens jurídicos considerados como essenciais pela sociedade e cuja defesa deve ser implementada sob pena de se negar a subsistência dos seus valores fundamentais. Nos casos em que essa tutela dispensada pela ordem penal, precisamente por se tratarem de bens básicos e fundamentais, é atingida de forma insuprível no processo, torna-se difícil defender a sua utilização.

Tal conclusão também seria dificilmente defensável tendo em conta o teor do art. 167º, nº 1 do CPP que, à parte as considerações teóricas que temos vindo a fazer, torna inevitável a ligação entre o direito penal substantivo e adjetivo. Mesmo que tenhamos dúvidas sobre se essa remissão traduz uma afirmação de prevalência pelas normas penais substantivas, a verdade é que essa ligação existe e deve ser atendida pelo intérprete aplicador. E isto a nosso ver impõe uma conclusão que nos parece acertada e à qual não conseguimos fugir – as gravações ou fotografias ilicitamente obtidas não podem ser utilizadas como prova, mesmo tendo em consideração reflexões teóricas sobre as discontinuidades entre estes dois ramos de direito, sobre a hierarquização das suas normas, sobre as suas relações e valorações autónomas, etc. O único caminho de escapatória seria o de poder criticar em abstrato a opção feita pelo legislador; mas *de iure condito* é inegável chegar-se a outra conclusão que não essa.

Do que aqui fica dito, abre-se agora uma possibilidade de reflexão e que foi primordialmente a questão que nos motivou a incluir este capítulo na dissertação. Se, por força do art. 167º, nº 1 do CPP se torna incontestável não admitir a valoração de gravações ou fotografias ilícitas de acordo com os critérios penais

<sup>188</sup> H. OTTO, *apud* COSTA ANDRADE, “Sobre a Valoração...”, p. 574.

que temos vindo a colocar a descoberto ao longo da investigação, poderíamos retirar semelhante conclusão para a situação contrária? Isto é, sendo as gravações ou fotografias em causa lícitas, a sua admissão processual operaria logo de imediato? É que esse é efetivamente o entendimento dominante na corrente jurisprudencial maioritária que temos vindo a identificar. Da nossa parte, não temos tanta certeza quanto a este entendimento, pelo menos que ele opere de forma automática e à revelia de qualquer outro tipo de ponderação.

Como já colocámos em evidência no início do capítulo, a existência de sobreposições valorativas entre o direito penal e o direito processual penal não é uma realidade linear. Não nos parece que possamos afirmar que tudo o que for lícito à luz do direito penal pode também beneficiar do mesmo juízo à luz do processo penal, especialmente em matéria de prova, que, pela natureza das coisas, nunca deixará de ser uma matéria processual e, por isso mesmo, merecedora de uma consideração autónoma a esse nível. Será aqui a propósito deste problema que poderemos levar mais a fundo o argumento da existência de quebras de continuidade entre os dois ordenamentos jurídicos no sentido de não nos pronunciarmos pela afirmação de uma extensão exatamente igual entre o tipo de juízo valorativo que se faz dentro do campo do direito penal e o tipo de juízo valorativo que deve ser feito dentro do processo penal. Desse modo, não nos parece a mais acertada a leitura e interpretação do art. 167º, nº 1 do CPP como uma norma de admissão automática destes meios de prova depois de terem passado o teste da (i)licitude<sup>189</sup>. E isto por duas ordens de razões: por um lado porque parece-nos que a ideia de continuidade entre os dois ordenamentos jurídicos não deve ser absolutizada nem se verifica na prática; depois porque consideramos que existem outros juízos valorativos que devem operar quanto à temática da prova especificamente apenas dentro do processo penal, juízos esses que pensamos merecerem uma reflexão autónoma e desligada do juízo de licitude operado num primeiro momento no campo penal. Não nos podemos esquecer que

<sup>189</sup> COSTA ANDRADE, “Sobre a valoração...”, p. 618.

sobra ainda um espaço – mesmo que se possa considerar ser um espaço pequeno – para a eventual ponderação de violação de outras normas estritamente processuais ou até mesmo constitucionais. Basta pensarmos, por exemplo, no nº 8 do art. 32º da CRP ou no nº 1 do art. 126º do CPP quando fazem referência a ofensas à *integridade moral das pessoas*, ofensas essas que podem traduzir-se, entre outras condutas, na *utilização de meios enganosos* (art. 126º, nº 2, al. a), última parte)), não sendo difícil equacionar a utilização de gravadores e câmaras ocultas como meios que se possam caracterizar como tal. Para além destes meios poderem potenciar a assunção de comportamentos auto-incriminatórios<sup>190</sup>, podem, em última instância, configurar-se como verdadeiras confissões processuais não livres nem esclarecidas.

Assim se é certo que a questão da admissibilidade destes meios de prova passa, num primeiro momento, pela incontornável análise das potenciais condutas criminalmente tipificadas que possam ser subsumidas aos factos, não menos certo nos parece a conclusão de que tratando-se também de um problema de índole processual, essa mesma admissibilidade deve posteriormente ser ainda equacionada face aos preceitos constitucionais e processuais que possam ter relevância no caso concreto. E isto porque os filtros da lei penal podem não ser suficientes para impedir atentados que se manifestem como intoleráveis à luz do caso concreto e que possam ser inexplicavelmente ultrapassados, ao arrimo das normas constitucionais e processuais.

É claro que se pode argumentar contra o que acabámos de dizer que as referidas normas se dirigem apenas às instâncias formais de controlo, não existindo possibilidade de invocá-las quando estejam em causa atentados aos direitos nelas tutelados quando levados a cabo por particulares por não serem

---

190 Defendendo que a prerrogativa da não auto-incriminação não se deve aplicar às declarações extraprocessuais do arguido não dirigidas a órgãos de perseguição criminal, PAULO SOUSA MENDES, “O processo penal entre a eficácia e as garantias”, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova* (coord.: Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes e Carlota Almeida), Coimbra: Almedina, 2014, pp. 77 e 78, seguindo PAULO MESQUITA, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p. 584.

considerados como destinatários dessas normas. As proibições de prova do art. 126º do CPP dirigem-se então a que sujeitos? Não há grandes dúvidas de que do lado passivo esta norma não se dirige só ao arguido, como também a testemunhas, peritos, assistentes ou partes civis<sup>191</sup>. Já quanto aos sujeitos a quem se dirigem estas proibições no sentido da sua não atuação, a questão poderá ser diferente. PINTO DE ALBUQUERQUE e COSTA ANDRADE entendem que esta norma dirige-se não apenas aos agentes do Estado que exercem funções investigativas ou jurisdicionais no processo, mas a toda e qualquer pessoa particular<sup>192</sup>. PAULO DE SOUSA MENDES defende que as proibições de produção de prova não se destinam aos particulares, uma vez que as normas processuais do CPP dirigem-se, em primeira análise, às instâncias formais de controlo<sup>193</sup>. A busca de uma resposta para esta questão afigura-se-nos importante uma vez que se entendermos que esta norma não se aplica aos particulares, então não sobrarão espaço para invocar uma das situações nela previstas que possa ser pertinente para o caso, de forma a poder afastar um meio de prova lesivo, obrigando-nos apenas a valorar essa conduta ao nível do direito penal substantivo.

O art. 126º do CPP insere-se na parte geral da prova, não existindo qualquer referência que nos permita excluir os particulares como destinatários da norma<sup>194</sup>. Seguindo as palavras de COSTA ANDRADE, *mal se compreenderia que, por um lado, o legislador português precludesse sem mais a valoração de meios de prova (gravações e fotografias) obtidas por particulares através de atentado ao direito à palavra ou à imagem e, por outro lado e ao mesmo tempo, admitisse as provas logradas por particulares à custa de atentados tão intoleráveis a eminentes bens jurídicos pessoais como os previstos no art. 126º do CPP*<sup>195</sup>.

---

191 PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP...*, p. 335 e PAULO DE SOUSA MENDES, “As Proibições...”, p. 141.

192 PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...* p. 335 e COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, p. 197.

193 PAULO DE SOUSA MENDES, “As Proibições...” p. 141.

194 Ao contrário, por exemplo, do que acontece com o §136ºa da StPO que está inserido sistematicamente numa secção relativa ao interrogatório do acusado (*Vernehmung des Beschuldigten*).

195 COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, p. 198.

A nosso ver, a pedra de toque para a resolução da questão encontra-se na distinção frequentemente operada dentro do regime das proibições de prova, que abrangem quer as proibições de produção (ou seja, de recolha), quer as proibições de valoração (ou seja, de utilização)<sup>196</sup> – onde idealmente as proibições de produção deveriam gerar a consequente proibição de valoração, mas nem sempre isso ocorre<sup>197</sup>. Consideramos que o regime das proibições de produção de prova se dirige apenas às instâncias formais de controlo, sendo que eventuais juízos sobre a legalidade ou ilegalidade de um meio de prova obtido por um particular estariam arredados das regras processuais e teriam de ser feitos num momento inicial à luz do direito penal. No entanto, as proibições de valoração de prova sempre que tenham a potencialidade de ofender direitos fundamentais terão de se dirigir a todos os sujeitos, quer sejam as autoridades judiciais, quer sejam os particulares<sup>198</sup>. E isto na medida em que essas proibições de valoração impostas pelas normas processuais penais tenham na sua base normativos constitucionais – como é o caso do nº 8 do art. 32º da CRP – não sendo admissível defender-se que estes últimos não se aplicam nas relações dos particulares entre si. Assim, na medida em que tais regras previstas no CPP sejam a concretização de imposições constitucionais destinadas a garantir a proteção de direitos fundamentais, a defesa da sua aplicabilidade exclusivamente a instâncias formais de controlo acabaria por deixar de lado a previsão de consequências para particulares que utilizassem algum dos referidos meios. O que seria bastante gravoso, uma vez que colocaria os particulares num espaço livre de atuação dificilmente compaginável com o seu reduzido papel no âmbito da obtenção de prova e apenas dependente da sua subsunção a um determinado crime relevante para o caso. O juízo final sobre a

---

196 PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, 2ª reimp. da ed. de 2013, Coimbra: Almedina, 2014, p. 177; KARL-HEINZ GÖSSEL, “As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha” (trad. por Costa Andrade), in *RPCC*, ano 2, nº 3, julho/setembro 1992, p. 399.

197 PAULO DE SOUSA MENDES, “As Proibições...”, p. 142 a 144; COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, p. 58.

198 MILENE VIEGAS MARTINS, *A admissibilidade...*, p. 43.

valoração da prova não deve assim ser procurado exclusivamente em sede de ilícito penal; antes terá de ter em conta também o regime das proibições de valoração da prova constantes do CPP por considerarmos que este, por via de imposição constitucional que a todos se dirige, se aplica igualmente aos particulares.

O que nos parece essencial que fique afirmado é a cautela a ter no raciocínio que tem sido feito pela jurisprudência entre a exclusão da ilicitude e a automática admissão de gravações e fotografias obtidas por particulares como meio de prova. É que interpretando o art. 167º, nº 1 do CPP como uma cláusula de admissão irrestrita destes meios de prova quando a sua licitude seja demonstrada (através de critérios que muitas vezes são insuficientes ou pouco fundamentados), despedimo-nos da nossa tarefa primordial de considerar o espírito valorativo de todo o sistema e reduzimos em grande parte a complexidade do problema.

Assim, concluímos pela importância de se ter em consideração a eventual violação de normas conexas com a regulação do próprio processo penal, uma vez que o juízo acerca da admissibilidade destes meios de prova quando obtidos por particulares é não só um problema de ilícito criminal, mas também um problema processual. Olhar apenas para um dos problemas ou então fazer equivaler os mesmos juízos que neles são feitos é uma operação metodológica a evitar. Por isso, não devemos admitir que tais normas sejam arredadas da conclusão final acerca da sua valoração. Tal juízo terá sempre de respeitar as exigências e os limites impostos pelas normas processuais penais, em contraste com a sua autonomia valorativa ao nível penal.

## **Conclusões**

**1.** As gravações e as fotografias podem ser meios de prova bastante úteis na descoberta da verdade, sendo igualmente invasivos e potencialmente letais para direitos fundamentais constitucionalmente protegidos e bens jurídicos penalmente tutelados, como é o caso da privacidade, da imagem ou da palavra. Tal intromissão, admitida em certos casos e respeitando condicionalismos legais apertados para os agentes do Estado responsáveis pela investigação e perseguição criminal, pode atingir um nível alarmante quando seja levada a cabo por meros particulares despidos de qualquer função punitiva. No entanto, numa outra perspetiva, as provas por eles obtidas podem ser encaradas como auxílios necessários ao combate à criminalidade e à defesa dos seus próprios direitos.

**2.** As gravações e fotografias obtidas por particulares são levadas à categoria de prova documental, local onde se deve procurar a sua regulamentação processual. Nos termos do art. 170º do CPP, deve admitir-se a possibilidade de contestar a sua autenticidade em juízo. Questão diferente será a de averiguar acerca da fiabilidade do material apresentado devido às possibilidades técnicas de edição ou manipulação do mesmo, sendo este um problema transversal a todos os meios de prova e que exige uma especial atenção por parte do intérprete julgador no sentido de não os elevar ao nível de eficácia máxima.

**3.** É o art. 167º, nº 1 do CPP que regula a (in)admissibilidade de utilização destes meios de prova. Da sua formulação, resulta a necessidade de recorrer a normas penais para se averiguar acerca da (i)licitude da conduta do particular, pois que a mesma assume-se para o legislador como uma condição essencial para se concluir sobre o seu juízo de valoração processual.

**4.** Devem ser tidas em conta todas as normas penais cuja finalidade se prenda com

a proteção de direitos fundamentais relacionados com a personalidade humana, nomeadamente a privacidade, a imagem ou a palavra. Não defendemos uma análise centrada apenas e só nas normas do CP.

5. A escolha do critério da ilicitude penal do art. 167º, nº 1 do CPP tem sido interpretada, por alguma doutrina, no sentido da prevalência dos bens jurídicos afetados sobre as finalidades de busca da verdade e de realização da justiça tipicamente associadas ao processo penal. Pelo contrário, uma corrente jurisprudencial maioritária tem vindo a afastar-se desta interpretação, alertando para a necessidade de se ponderar, à luz do caso concreto, acerca desse juízo, defendendo que o mesmo não se encontra previamente feito pelo art. 167º, nº 1 do CPP.

6. A corrente maioritária jurisprudencial favorável a estes meios de prova tem referenciado uma fórmula geral de aferição da (i)licitude da conduta do particular, assente em duas exigências – *i*) que o conteúdo das gravações ou fotografias não diga respeito ao núcleo duro da vida privada do visado e *ii*) que exista uma justa causa para a sua obtenção.

7. O *núcleo duro da vida privada* não se deve reportar apenas a uma esfera mais reduzida que possa ser encontrada dentro do conceito geral de privacidade. Apesar de utilizar essa expressão, a jurisprudência maioritária parece seguir esse mesmo entendimento e considera que a proteção conferida pelo art. 192º do CP abrange quer a intimidade, quer a privacidade, embora esta última possua uma certa elasticidade no seu maior ou menor âmbito de proteção.

8. A invocação do local onde a conduta ocorreu para poder caraterizar a ação como pertencente à vida privada não é um critério determinante, ao contrário do que têm



defendido algumas decisões jurisprudenciais. Nessas orientações, o caráter público da conduta gravada ou filmada bastou para que se admitisse os respectivos produtos como meio de prova, inexistindo a preocupação em considerar a violação de outros direitos autónomos igualmente afetados. A proteção da privacidade não é o único, nem principal, interesse subjacente à proibição de valoração de prova do art. 167º, nº 1 do CPP.

**9.** É que mesmo que se entenda não ter havido qualquer violação da privacidade do visado pelas gravações ou imagens, não podemos retirar a conclusão de que é permitida a sua admissibilidade como prova, uma vez que os direitos à imagem e à palavra, penalmente tutelados no art. 199º do CP, permanecem igualmente lesados.

**10.** As gravações e fotografias que tenham sido feitas pelo próprio encontram-se excluídas da área de tutela típica do art. 199º do CP. Defendemos que a sua utilização no processo também deve beneficiar desse mesmo juízo, uma vez que a al. b) dos nºs 1 e 2 do art. 199º se reporta a gravações ou fotografias *referidas na alínea anterior*, ou seja, excluindo todas aquelas que tenham sido feitas pelo próprio. A jurisprudência maioritária tem-se pronunciado no mesmo sentido, embora não tenha colocado autonomamente o problema da sua utilização processual como uma nova potencial conduta lesiva dos respetivos bens jurídicos afetados.

**11.** Alguma jurisprudência tem defendido também uma redução teleológica do tipo do art. 199º do CP com base nos limites imanentes dos direitos fundamentais e da inadmissibilidade de proteção de condutas que materializem palavras ou imagens criminosas. Manifestámo-nos no sentido da não adoção desta construção por razões ligadas à posição do arguido no processo e à própria configuração da incriminação penal. A jurisprudência maioritária parece ir no mesmo sentido,

preferindo antes fundamentar a exclusão da responsabilidade criminal na invocação de causas de justificação ao nível da ilicitude.

**12.** A justa causa na obtenção das imagens é encontrada, de acordo com a jurisprudência, ou na invocação de um juízo de ponderação de interesses conflitantes, em que o mesmo é resolvido a favor do interesse na realização da justiça, perseguição criminal e proteção dos direitos dos ofendidos, ou então na invocação de causas de exclusão da ilicitude legalmente previstas.

**13.** Se considerada isoladamente, a via da ponderação de interesses conflitantes pode não nos dar uma resolução segura para o problema. A ponderação casuística desprovida de uniformidade e em que a gravidade do delito é o critério primordial de aferição da prevalência dos interesses em jogo são fatores a ter em conta contra a invocação desta solução.

**14.** As causas de exclusão da ilicitude devem ser a sede preferencial para se resolver o problema da justificação da conduta do particular que obteve a prova sem consentimento. Os requisitos específicos de algumas causas de justificação como a legítima defesa ou o direito de necessidade podem não ser facilmente verificáveis, especialmente os da atualidade da agressão ou da impossibilidade de recorrer em tempo útil às autoridades públicas. Eventuais considerações sobre uma maior flexibilidade destes requisitos não são de fácil aceitação devido à sua falta de sistematização e incerteza jurídica que podem trazer.

**15.** A existência de autorizações legais, especialmente relevante nos casos em que a utilização de sistemas de videovigilância está prevista e regulada na lei, é uma causa de justificação dificilmente contornável na admissão destes meios de prova. Assim, concluímos que nos casos em que a videovigilância cumpra todos os

condicionalismos impostos e a utilização processual dos produtos captados esteja prevista na lei, as gravações podem ser valoradas como prova.

**16.** A este propósito, a jurisprudência maioritária vai ainda mais longe e admite que, mesmo em casos em que os referidos sistemas de videovigilância instalados por particulares não cumpram os formalismos exigidos, ainda assim as gravações podem continuar a ser utilizadas como prova, bastando invocar uma outra causa de justificação.

**17.** A propósito do direito à imagem, o nº 2 do art. 79º do CC, por via do art. 31º, nº 1 do CP, tem sido frequentemente invocado. Os casos de dispensa de consentimento nele previstos podem fundamentar a exclusão da responsabilidade criminal quer ao nível do tipo, quer ao nível da ilicitude.

**18.** Nas imagens captadas em locais públicos, as mesmas devem estar enquadradas num contexto geral que não permita nem tenha intenções de individualizar determinada pessoa. Se dirigida à generalidade das pessoas (por força da proteção de pessoas e bens), podemos aceitar a atipicidade da captação de imagens em locais públicos por sistemas de videovigilância, o mesmo não entendemos ser de defender quando esteja em causa a obtenção de imagens de pessoas concretas, mesmo que captada num local público;

**19.** A expressão *exigências de justiça* do nº 2 do art. 79º do CC exige uma particular atenção na forma como deve ser feita a sua articulação com o art. 167º, nº 1 do CPP. Identificadas as duas grandes orientações fundamentais, concluímos pelo afastamento da consideração do art. 167º, nº 1 do CPP como uma norma proibitiva de utilização destes meios de prova. No entanto, também criticámos o facto de se encarar esta causa de justificação como uma cláusula automática. A

invocação das exigências de justiça deve ser apoiada numa demonstração efetiva, à luz dos requisitos do princípio da proporcionalidade, que a utilização do meio de prova é indispensável no caso concreto.

**20.** A esmagadora maioria das decisões que admitem estes meios de prova tem cometido um erro ao não se manifestar acerca do juízo de (i)licitude no momento da utilização das gravações e imagens. A verificação da justa causa, por forma a excluir a responsabilidade criminal do particular e admitir a utilização probatória do material, é apenas feita no momento da obtenção, havendo uma desconsideração aparentemente inexplicável sobre a problemática da sua utilização em processo penal como uma possível forma de atentar contra os bens jurídicos afetados.

**21.** Por consequência da falta de análise do juízo de licitude da conduta ao nível da utilização, e se partirmos do princípio de que a dispensa de consentimento prevista no nº 2 do art. 79º do CC se reporta precisamente ao momento da utilização, concluímos que podemos apontar à jurisprudência maioritária uma construção incongruente nas suas soluções, uma vez que parece invocar, para o momento da recolha, uma causa justificativa que só deveria operar no momento da sua utilização.

**22.** A aceitação da continuidade e da semelhança entre os juízos valorativos operados ao nível do direito penal e do direito processual penal tem sido um dogma constante e praticamente inquestionável. O art. 167º, nº 1 do CPP vai ao encontro desta posição, prevendo uma proibição de valoração de gravações ou fotografias ilicitamente obtidas por particulares. Sem prejuízo de podermos em abstrato questionar essa opção fundada na continuidade entre estes dois ordenamentos jurídicos, não podemos deixar de nos afastar dessa conclusão.

**23.** No entanto, consideramos que o oposto não é igualmente inevitável. Verificámos que, sempre que a obtenção das gravações ou fotografias seja considerada lícita, a jurisprudência admite imediatamente a sua utilização probatória. Defendemos que esta mesma conclusão não deve ser retirada sem mais. Para já, porque a referida continuidade entre os dois ramos jurídicos nem sempre é assim tão linear; depois porque entendemos existirem valorações próprias e exclusivas do processo penal que devem, da mesma forma, e após o primeiro momento de análise da (i)licitude da conduta, ser equacionadas, como por exemplo a questão da auto-incriminação ou a proibição de condutas ofensivas da integridade moral das pessoas e proibição de utilização de meios enganosos na obtenção de prova.

**24.** Assim, mesmo estando a conduta do particular justificada penalmente, não cremos ser de excluir a eventual ponderação de violação de normas constitucionais ou processuais penais de proibição de valoração de prova que possam ser aplicáveis a particulares. Nesses termos, não podemos concordar com a equivalência necessária e automática que é feita entre a licitude da conduta e a sua admissibilidade como prova em processo penal.

## **Bibliografia**

**ALBUQUERQUE**, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011

**ALBUQUERQUE**, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010

**ANDRADE**, José Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª edição, Coimbra: Almedina, 2009

**ANDRADE**, Manuel da Costa, “A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 141, nº 3972, janeiro/fevereiro 2012, pp. 134 a 160

**ANDRADE**, Manuel da Costa, “*Bruscamente no Verão Passado*”, *a Reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009

**ANDRADE**, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012

**ANDRADE**, Manuel da Costa, “Sobre a reforma do Código Penal português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 3, Fasc. 2-4, abril-dezembro de 1993, pp. 427 a 497

**ANDRADE**, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Reimpressão da Edição de 1992, Coimbra: Coimbra Editora, 2006

**ANDRADE**, Manuel da Costa, “Sobre a valoração, como meio de prova, em processo penal, das gravações produzidas por particulares”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. I, Boletim da FDUC, Coimbra, 1984, pp. 545 a 622

**BACHMAIER WINTER**, Lorena, “Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” in *2.º Congresso de Investigação Criminal* (coordenadores: Maria Fernalda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Lisboa: Almedina, 2010, pp. 161 a

**BRADLEY**, Craig M., “The Exclusionary Rule in Germany”, in *Harvard Law Review*, Vol. 96, n.º 5, mar. 1983, pp. 1032 a 1066

**CABRAL**, Rita Amaral, “O direito à intimidade e à vida privada”, in *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa: AAFDL, 1989, pp. 373 a 406

**CAIRES**, João Gouveia de, “O registo de som e imagem e as escutas ambientais”, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova* (coordenadores: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes e Carlota Almeida), Coimbra: Almedina, 2014, pp. 273 a 298

**CALHEIROS**, Maria Clara, “Prova e verdade no processo judicial. Aspetos epistemológicos e metodológicos”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 29, n.º 114, abril/junho de 2008, pp. 71 a 84

**CANOTILHO**, J. J. Gomes e **MOREIRA**, Vital, *Constituição Anotada*, vol. I, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007

**CASTRO**, Catarina Sarmiento e, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, Coimbra: Almedina, 2009

**CORREIA**, Eduardo, *Direito Criminal*, vol. II, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2007

**CORREIA**, João Conde, “Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações?”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 20, n.º 79, julho/setembro de 1999, pp. 45 a 67

**CORREIA**, João Conde, “Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em processo penal”, in *Revista do CEJ*, n.º 6, 1º semestre de 2007, pp. 139 a 160

**COSTA**, José Faria da, “As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista”, in *Direito Penal da Comunicação – Alguns escritos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 143 a 177

**COSTA**, José Faria da, “O direito penal, a informática e a reserva da vida privada”, in *Direito Penal da Comunicação – Alguns escritos*; Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 63 a 82

**CRORIE**, Benedita Mac, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e a vídeo-vigilância”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 11, julho/setembro de

2005, pp. 47 a 62

**DIAS**, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Reimpressão da Edição de 1974, Coimbra: Coimbra Editora, 2004

**DIAS**, Jorge Figueiredo, *Direito Penal – Parte geral*, tomo I, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007

**DIAS**, Jorge de Figueiredo, “O Código Penal português de 1982 e a sua reforma”, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 3, abril-dezembro de 1993, pp. 161 a 195

**DIAS**, Jorge de Figueiredo Dias, “Para uma reforma global do processo penal português”, *in Para uma Nova Justiça Penal* (AA. VV.), Coimbra: Almedina, 1983

**GÁSCON ABELLÁN**, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, 2ª edição, Barcelona: Marcial Pons

**GÖSSEL**, Karl-Heinz, “As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha” (traduzido por Manuel da Costa Andrade), *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, nº 3, julho/setembro de 1992, pp. 397-441

**LEAL-HENRIQUES**, Manuel e **SANTOS**, Manuel Simas, *Código de Processo Penal Anotado*, vol. I, 3ª edição, Lisboa: Rei dos Livros, 2008

**LUMBRALES**, Nuno, “O direito à palavra, o direito à imagem e a prova audiovisual em processo penal”, *in Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, A. 67, n.º 2, setembro 2007, pp. 683 a 729

**MANGOLDT**, Hermann von e **KLEIN**, Friedrich, *Das Bonner Grundgesetz – Kommentar*, Band 1, München: Franz Vahlen, 1985

**MARTINS**, Milene Viegas, *A admissibilidade de Valoração de Imagens Captadas por Particulares como Prova no Processo Penal*, Lisboa: AAFDL, 2014

**MAUNZ**, Theodor e **DÜRIG**, Günter, *Grundgesetz Kommentar*, Band I, C. H. Beck: München, 1996

**MENDES**, Paulo de Sousa, “As proibições de prova no processo penal”, *in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação: Maria Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 133 a 154



**MENDES**, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, 2ª. Reimpressão da edição de 2013, Coimbra: Almedina, 2014

**MENDES**, Paulo de Sousa, “O processo penal entre a eficácia e as garantias”, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, coordenação: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes e Carlota Almeida, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 67 a 80

**MESQUITA**, Paulo Dá, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento*, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011

**MIRANDA**, Jorge e **MEDEIROS**, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005

**MIRANDA**, Jorge, “Processo penal e direito à palavra”, in *Direito e Justiça*, vol. XI, n.º 2, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1997, pp. 45 a 61

**MONTE**, Mário Ferreira, “O registo de voz e imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira – Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, CEJ, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 79 a 90

**MUÑOZ CONDE**, Francisco, “Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”, in *Revista Penal*, Madrid, nº 14, julho, 2004, pp. 96 a 123

**MUÑOZ CONDE**, Francisco, “Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante vídeos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos”, in *Revista Penal*, Madrid, nº 13, 2004, pp. 105 a 116

**OTERO**, Paulo, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2007

**PALMA**, Maria Fernanda, “O problema penal do processo penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação Maria Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 41 a 53

**PENA**, Sérgio, “Os produtos da videovigilância como meio de prova em processo penal”, in *Revista do CEJ*, Lisboa: CEJ, 2º semestre de 2013, nº 2, pp. 85 a 118

**PINTO**, Paulo Mota, “A proteção da vida privada e a Constituição”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVI, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 153 a 204

**PINTO**, Paulo Mota, "O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIX, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, pp. 479 a 585

**RODRIGUES**, Benjamim Silva, *A Monitorização de Fluxos Informacionais e Comunicacionais*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009

**RODRIGUES**, Benjamim Silva, *Da prova penal: Bruscamente... A(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, tomo II, Editora Rei dos Livros, 2010

**ROGALL**, Klaus, "A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha", in *2.º Congresso de Investigação Criminal* (coordenação: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Lisboa: Almedina, 2010, pp. 117 a 143

**ROXIN**, Claus, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal* (trad.: Óscar Julián Guerrero Peralta), Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007

**SILVA**, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol. I, 5ª edição, Lisboa: Editorial Verbo, 2002

**SILVA**, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol. II, 5ª edição, Lisboa: Editorial Verbo, 2002

**SOUSA**, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995

**SOUSA**, Susana Aires, "Agent provocateur e meios enganosos de prova", in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (organização: Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes), Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1207 a 1235

**TAVARES**, Hugo Matos, "A tutela penal do direito à imagem - entre a subsidiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica", in *Direito Penal Hoje* (organizadores: Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 183 a 218

**TONINI**, Paolo, *Manuale di Procedura Penale*, 5ª edição, Milano: Giuffrè Editore, 2003

**VALENTE**, Manuel Monteiro Guedes, *Dos Órgãos de Polícia Criminal*,

Coimbra: Almedina, 2004

**VALENTE**, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal*, tomo I, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2010

**VEIGA**, Raul Soares da, “O juiz de instrução e a tutela de direitos fundamentais”, *in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação Maria Fernanda Palma, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 183 a 220

## **Lista de Jurisprudência**

**Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 263/97**, Processo n.º 179/95, 1.ª Secção, Relator: Tavares da Costa, disponível e consultado em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970263.html>

**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/09/2011**, Processo n.º 22/09.6YG LSB.S2, Relator: Santos Cabral, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25cd7aa80cc3adb0802579260032dd4a?OpenDocument>

**Acórdão Uniformizador do Supremo Tribunal de Justiça n.º 7/2008**, disponível e consultado em Diário da República n.º 94, Série I de 15/05/2008

**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/06/2001**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência: Acórdãos do STJ, Ano IX, tomo 2, p. 221

**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14/01/1999**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência: Acórdãos do STJ, Ano VII, tomo I, p. 179

**Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/02/1995**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência: Acórdãos do STJ, Ano III, tomo I, p. 205

**Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10/10/2012**, Processo n.º 19/11.6TAPBL.C1, Relatora: Elisa Sales, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/47b9625c36f11ac680257a9c0049e83e?OpenDocument>

**Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22/01/2002**, Processo n.º 2436/02, Relator: João Trindade, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/64ca2fa0f7f1632a80256cbb005850f3?OpenDocument>

**Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 27/10/1999**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXIV, tomo IV, p. 69

**Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 24/04/2012**, Processo n.º 932/10.8PAOLH.E1, Relatora: Maria Filomena Soares, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/c7875c514b7fa32a802579ff003e21b7?OpenDocument>

**Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 13/11/2011**, Processo n.º 2290/10.1TASTB-A.E1, Relator: António João Latas, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/f99eeae00349159c80257a3900537a63?OpenDocument>

**Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 28/06/2011**, Processo n.º 2499/08.8TAPTM.E1, Relator: José Maria Martins Simão, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/e308f415a9a24bdd80257917004da5cd?OpenDocument>

**Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 04/12/2001**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXVI, tomo V, p. 282

**Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 26/04/2010**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXXV, tomo II, p. 289

**Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 29/03/2004**, disponível e

consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXIX, tomo II, p. 291

**Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19/05/2003**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXVIII, tomo III, p. 299

**Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 30/09/2002**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXVII, tomo IV, p. 285

**Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04/03/2010**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXXV, tomo II, p. 134

**Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28/05/2009**, Processo n.º 10210/2008-9, Relatora: Fátima Mata-Mouros, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/bf96f48dbb8bd5d0802575de0037c6a2?OpenDocument>

**Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30/10/2008**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXXIII, tomo IV, p. 148

**Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03/05/2006**, Processo n.º 83/2006-3, Relator: Carlos Sousa, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c35d3b6d630e466f80257199003ab4f2?OpenDocument>

**Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 05/02/2003**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXVII, tomo I, p. 134

**Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15/02/1989**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XIV, tomo I, p. 154

**Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23/10/2013**, Processo n.º 585/11.6TABGC.P1, Relatora: Maria do Carmo Silva Dias, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/301ec6a6cdd8ce>

[ab80257c1a005a61e4?OpenDocument](#)

**Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23/01/2013**, Processo n.º 932/07.5TAVRL.P1, Relatora: Lígia Figueiredo, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/462161ac9b91029680257b270041c3b8?OpenDocument>

**Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11/07/2012**, Processo n.º 1659/10.6JAPRT.P1, Relatora: Maria Deolinda Dionísio, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a7e29e5d2083938480257a41004c05c4?OpenDocument>

**Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23/11/2011**, Processo n.º 1373/08.2PSPRT.P1, Relator: Mouraz Lopes, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1fce85582debce280257967003fc659?OpenDocument>

**Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03/02/2010**, Processo n.º 371/06.5GBVNF.P1, Relatora: Eduarda Lobo, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6d4ef3fcf7284443802576cb004dcf1a?OpenDocument>

**Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14/10/2009**, Processo n.º 103/05.5GCETR.C1.P1, Relator: Ângelo Moraes, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1871bed4522f35f580257655004973ed?OpenDocument>

**Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23/04/2008**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXXIII, tomo II, p. 233

**Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26/03/2008**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXXIII, tomo II, p. 223

**Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22/03/2006**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXXI, tomo II, p. 198

**Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10/03/2004**, Processo n.º 0313418, Relator: Manuel Braz, disponível e consultado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e2c956e6d7f8eff480256e68002def26?OpenDocument>

**Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19/06/2002**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXVII, tomo III, p. 218

**Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17/12/1997**, disponível e consultado em Coletânea de Jurisprudência, Ano XXII, tomo V, p. 240



# Índice

Introdução.....	1
1. Os processos técnicos de gravação de voz e registo de imagem como meio de prova...5	
1.1. Fins do processo penal e (proibições de) prova.....	5
1.2. Os processos técnicos de gravação de voz e registo de imagem como prova documental.....	8
1.3. A proibição de utilização de gravações de voz e registo de imagem quando obtidas de forma ilícita.....	10
2. A resposta flexível da jurisprudência nacional sobre a exclusão da ilicitude .....	15
2.1. As tendências atuais e as razões justificadoras.....	15
2.2. A identificação dos critérios invocados para permitir a sua utilização probatória .....	19
2.2.1. O primeiro critério: "Não dizer respeito ao núcleo duro da vida privada".....	20
2.2.1.1. A concretização do conceito de vida privada do art. 192º do CP.....	25
2.2.2. A insuficiência do critério: a violação autónoma dos direitos à imagem e à palavra .....	29
2.2.2.1. O art. 199º do CP e a sua área de tutela típica.....	34
2.2.2.1.1. A atipicidade de gravações ou fotografias feitas pelo autor das mesmas.....	38
2.2.2.1.2. A redução teleológica de sentido vitimodogmático .....	41
2.2.2.1.3. A concordância e o acordo presumido.....	44
2.2.3. O segundo critério: "Haver justa causa na sua obtenção".....	46
2.2.3.1. A via da ponderação de interesses conflitantes.....	46
2.2.3.2. A via das causas de justificação .....	52
2.3. Os equívocos da jurisprudência maioritária.....	67
3. A exclusão da ilicitude penal e consequente admissão da prova: da sua pretensa inseparabilidade.....	75
Conclusões.....	84
Bibliografia.....	91
Lista de Jurisprudência.....	97